

# temi ROMANA

RASSEGNA  
DI DOTTRINA  
E GIURISPRUDENZA

a cura del  
Consiglio dell'Ordine  
degli Avvocati di Roma

quadrimestrale  
anno LIII n°3  
settembre/dicembre 2005



**DIRETTORE RESPONSABILE**

Avv. Alessandro Cassiani

**DIRETTORE SCIENTIFICI**

Avv. Giovanni Cipollone

Avv. Giulio Prosperetti

**REDATTORE CAPO**

Avv. Felice Testa

**COMITATO DI DIREZIONE**

Avv. Goffredo Barbantini

Avv. Federico Bucci

Avv. Donatella Cerè

Avv. Domenico Condello

Avv. Antonio Conte

Avv. Sandro Fasciotti

Avv. Francesco Gianzi

Avv. Rosa Ierardi

Avv. Paolo Nesta

Avv. Livia Rossi

Avv. Francesco Storace

Avv. Carlo Testa

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

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

Segreteria di redazione:  
Dott.ssa Daniela Bianchini  
Avv. Luca Lobina  
Avv. Bruno Tassone

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

Avv. Alessandro Cassiani responsabile  
Ulisse Editore srl

Grafica: Stefano Navarrini

quadrimestrale  
anno LIII n°3  
settembre/dicembre 2005

COMITATO SCIENTIFICO

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

COORDINATORI DI SETTORE

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

HANNO COLLABORATO ALLA REALIZZAZIONE DEL PRESENTE FASCICOLO:

Pietro Adonnino, Francesca Romana Alessandrini, Mauro Amiconi,  
Antonio Caiafa, Arturo Cancrini, Riccardo Cappello, Ferdinando Carbone,  
Pietro Carnevale, Alessandro Cassiani, Giovanni Cipollone,  
Piero D'Amelio, PierPaolo Dell'Anno, Giorgio Della Valle,  
Dario Di Gravio, Luigi Favino, Stefano Galeani, Isabella Giampaoli,  
Mario Guido, Alessandro Lendvai, Flavia Lozzi, Andrea Luberti,  
Giuseppe Marazzita, Daniele Marra, Carlo Martuccelli, Ignazio Moroni,  
Lucio Valerio Moscarini, Ilaria Napolitano, Pietro Nocita,  
Pasquale Passalacqua, Maria Virginia Perazzoli, Leonardo Perrone,  
Isabel Polizzi, Pietro Pozzaglia, Eugenio Prosperetti, Piero Sandulli,  
Barbara Saraceni, Franco Gaetano Scoca,  
Carlo Selvaggi, Augusto Sinagra, Luciano Tamburro, Felice Testa,  
Michele Todde, Letizia Vacca, Giorgio Vaccaro, Francesca Zignani.

---

	DOTTRINA	505
Avv. A. Cassiani Pres.	Violazione sessuale nei confronti dei minori	507
Avv. G. Cipollone Cons.	Aspetti deontologici in relazione alla pubblicità nella esplicazione della professione forense (art. 17 C.D.)	508
Avv. A. Accardo	L'arret blanco	512
Avv. C. De Finis	La conciliazione nel giudizio ordinario	516
Avv. F. Galluzzo	Le intercettazioni: tutela delle garanzie costituzionali e prospettive di riforma	520
Avv. A. Luberti	La sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 tra vie di fatto e diritti intangibili: parallelismi e differenze con il sistema francese di riparto della giurisdizione	536
Avv. F. Verde	Appunti sulla chiamata in causa di terzo nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo	570
	GIURISPRUDENZA CIVILE	577
CASSAZIONE	Sentenza n. 8837/2005 con nota dell'Avv. M. V. Santonocito – Perchè la Cassazione ha dichiarato nulli i verbali dei vigili urbani riportanti la dicitura “impossibilita’ di fermarlo nei modi regolamentari”	579
CORTE DI APPELLO DI ROMA	Sentenza 21 aprile 2005 con nota dell'Avv. M. Concetti – La contesa competenza a giudicare il reclamo avverso il decreto emesso dal Giudice tutelare	586
TRIBUNALE DI ROMA	Sentenza 8 marzo 2005 con nota dell'Avv. A. Cattel – Presupposti della separazione	594
TRIBUNALE DI L'AQUILA	Sentenza 8 febbraio 2004 con nota dell'Avv. S. Vaccarelli – Riflessioni in tema di procedimento per l'apposizione e rimozione di sigilli	600
TRIBUNALE DI TIVOLI SEZIONE LAVORO	Sentenza 20 settembre 2005	622

---

---

	GIURISPRUDENZA PENALE	625
CASSAZIONE	Sentenza n. 18051/04 con nota dell'Avv. L. Favino – Processo indiziario, elementi neutri o indifferenti e ricognizioni tradite	627
CORTE DI APPELLO DI ROMA	Sentenza 6 luglio 2004 con nota della Dott.ssa A. De Benedictis – Brevi considerazioni in materia di delega di funzioni nelle imprese	634
CORTE DI APPELLO DI ROMA	Sentenza 1 ottobre 2003 con nota dell'Avv. D. Spagnolo – Brevi note sul rapporto fra la teoria dei vantaggi compensativi e la bancarotta fraudolenta patrimoniale e sulla figura del c.d. amministratore di fatto	645
TRIBUNALE DI ROMA	Ordinanza 21 ottobre 2005 con nota dell'Avv. G. Papa – Riciclaggio, indispensabilità del mancato concorso nel reato principale	652
	GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA	657
TRIBUNALE DI ROMA	Sentenza 4 gennaio 2005, n. 137/05 con nota degli Avv.ti A. Areddu e B. Pannuti – Ritardo nel collaudo tra responsabilità dell'appaltatore (per vizi dell'opera) ed inerzia della p.a.	658
TAR LAZIO	Sentenza n. 7029/2005 con nota dell'Avv. A Luberti – La tutela del vincitore di pubblico concorso tra specialità del rapporto di pubblico impiego e potere di autotutela della Pubblica Amministrazione	662
	ATTUALITA', CONVEGNI E RECENSIONI	689
AA. VV.	Atti del convegno: "La formazione dell'Avvocato Europeo" – Roma, 18 ottobre 2004 – A cura del Centro Studi del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, di intesa con la Commissione Difensore Civico Forense, l'Università Roma Tre, il Ministero per le Politiche Comunitarie.	690

---

## DOTTRINA



Avv.  
Alessandro CASSIANI

Il Presidente del Consiglio  
dell'Ordine degli Avvocati di  
Roma

## violenza sessuale nei confronti dei minori

**E**gregi Colleghi, Illustri Presidenti dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati d'Italia, il 25 Novembre 2005 si terrà a Roma presso la sala Conferenze della Cassa Forense, sita in Via Quirino Visconti, 6, il Convegno sulla "Violenza sessuale nei confronti dei minori, il Turismo sessuale e la Pedopornografia".

Il Convegno, organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, prende spunto dalla pubblicazione del libro, (Edito da CE.DI.S. di Stefano Conti Editore, Roma), "La vendita di bambini, la prostituzione e la pornografia minorile (La Legge 11 marzo 2002 n° 46)", scritto dagli Avv.ti Luigi Greco e Daria Grimani del foro di Roma, che verrà presentato nel corso dello stesso.

Mi pregio di evidenziare, a tutti gli illustri Colleghi Presidenti, l'importanza dell'opera suddetta, atteso che la stessa rappresenta un autentico manuale di Diritto Penale Comparato, che abbraccia in tutte le tre parti in cui è diviso, sia la parte storica del problema (ius vendendi nel diritto romano e prostituzione antica e moderna) sia la trattazione analitica delle normative afferenti alla violenza sessuale nei confronti dei minori, di ben 135 Stati, sia una parte terza, infine, dedicata al Turismo sessuale, ai Mezzi di contrasto ed alle Proposte dei legge, con un interessante paragrafo sul "de iure condendo".

Attesa la scottante attualità del fenomeno, attesa altresì la necessità di offrire sempre maggiori e migliori tutele alle vittime dello sfruttamento sessuale minore, attraverso modifiche mirate ed efficaci da parte del legislatore, l'Avvocatura Romana, per consolidata tradizione, attenta e partecipe alle questioni sociali di grande interesse pubblico nonché giuridico, cogliendo l'occasione dell'uscita di questo libro, vuole sensibilizzare tutti i Colleghi italiani interessati al tema, affinché si rendano promotori di iniziative volte ad organizzare incontri, convegni e dibattiti.

In quest'ottica, i Colleghi autori del libro, Avv.ti Luigi Greco e Daria Grimani sarebbero ben lieti di partecipare, in qualità di relatori, agli incontri suddetti, onde poter meglio divulgare la loro opera, i cui proventi, merita evidenziarlo, saranno devoluti interamente in beneficenza.



Avv.

Giovanni CIPOLLONE

# Aspetti deontologici in relazione alla pubblicità nella esplicazione della professione forense (art. 17 del Codice Deontologico)

**In passato** si era sempre ritenuto che la condotta del professionista forense, connotata dal rispetto di sani principi morali, non avesse bisogno di una regolamentazione e non fosse necessario determinare regole fisse di comportamento.

In seguito, sotto la spinta della evoluzione sociale, si è avvertita la opportunità di uscire dall'ambito della astrattezza, e di dare vita a un corpo unitario di precetti deontologici che regolamentasse tutta la materia. Pertanto, il 17 aprile 1997 il Consiglio Nazionale Forense approvava il Codice Deontologico forense che subiva una prima modifica il 16 ottobre 1999.

In detto codice nel titolo I° sono previsti i basilari principi generali che regolano la professione forense oltre ai doveri che devono sempre ispirare la condotta del professionista forense.

Tali doveri, sono quello di probità, dignità e decoro (art.5), il dovere di lealtà e correttezza (art.6), il dovere di fedeltà (art.7), il dovere di diligenza (art.8), il dovere di segretezza e riservatezza (art.9), il dovere di indipendenza (art.10), il dovere di difesa (art. 11), il dovere di competenza (art.12), il dovere di aggiornamento professionale (art.13), il dovere di verità (art. 14), il dovere di adempimento previdenziale e fiscale (art.15), il dovere di evitare incompatibilità (art.16). Seguono alcuni divieti e altri precetti deontologici racchiusi nel Titolo II (Rapporti con i colleghi), pubblicità" di cui nel Titolo III (Rapporti con la parte assistita), nel Titolo IV (Rapporti con la controparte, i magistrati e i terzi).

Una delle norme che ha avuto una lunga e sofferta evoluzione è quella relativa al "divieto di all'art. 17.

Basti pensare che la primitiva intestazione dell'articolo, era quella di "divieto di pubblicità" e prescriveva il divieto di qualsiasi forma di pubblicità da parte del professionista forense, mentre l'attuale intestazione dell'articolo è quella di "informazioni sull'esercizio professionale. La portata innovativa del nuovo testo tiene conto di due peculiari aspetti.

Da un lato, bisogna tener presente la larga diffusione delle possibilità operative del professionista forense e dal lato opposto ha particolare rilevanza la previ-

sione che le forme di pubblicità possano prestarsi inaccettabili tendenze di accaparramento della clientela che sono in contrasto con la dignità e il decoro dell'avvocato.

La nuova formulazione dell'art. 17 del Codice Deontologico forense, emendato con la modifica del 16 ottobre 1999 sembra voler distinguere in modo più pregnante la differenza tra il concetto di "pubblicità" che ha finalità meramente promozionali alla stregua di un qualsiasi prodotto commerciale - e "informazione" che mira invece a rendere nota la specificità dell'attività professionale in modo tale da assicurare una garanzia di competenza e riconoscibilità.

Devono essere innanzitutto rispettati i principi basilari e cioè la "correttezza" e la "verità" dell'informazione, "la dignità" e il "decoro" della professione, oltre alla "segretezza" e "riservatezza".

Sono consentiti - come espressamente prevede la norma - i mezzi ordinari di informazione (opuscoli, carta da lettera, biglietti da visita, targhe), le reti telematiche (e-mail, internet), gli annuari professionali e telefonici.

Restano invece vietati le forme di pubblicità televisive radiofoniche, la pubblicità sui giornali, oltre a qualsiasi mezzo di divulgazione attraverso cartelloni pubblicitari o sponsorizzazioni. Sono da aborrire i manifestini pubblicitari il reclamizzare con una lettera la propria disponibilità intraprendere azioni legali. E' proibito enfatizzare i successi personali e le tecniche professionali, oppure il rendere conoscibile il proprio fatturato.

Ciò lederebbe il decoro e la dignità della professione.

In definitiva - come è attualmente allo studio di una apposita commissione ministeriale sulla regolamentazione delle libere professioni - dovrebbe essere consentita esclusivamente la pubblicità informativa.

Inoltre, è in atto il tentativo di uniformare la regolamentazione deontologica nel contesto socio-economico dei paesi europei.

La riformulazione del testo dell'art. 17 del Codice Deontologico si è avuto in data 26 ottobre 2002 ad opera del Consiglio Nazionale Forense che ha ridisegnato e precisato la materia, con la previsione di due titoli dettagliati. Il primo riguarda i mezzi di informazione consentiti al professionista e il secondo concerne i contenuti della informazione.

Circa i mezzi di informazione è specificato che, oltre a quelli tradizionali, è consentito usufruire di siti web e reti telematiche, purché propri dell'avvocato o di studi legali associati o di società di avvocati.

E' fatto, però obbligo al professionista di comunicare al Consiglio dell'Ordine di appartenenza l'intenzione di aprire un proprio sito o segnalare i siti già esistenti entro 120 giorni dall'entrata in vigore della nuova disciplina.

Entrando nel dettaglio va rilevato che, per quanto riguarda i contenuti dell'informazione è consentita la divulgazione dei dati personali, nomi, indirizzi, anche web, numeri di telefono e fax e indirizzi di posta elettronica, dati di nascita e di formazione del professionista, fotografie, lingue conosciute, articoli e libri

pubblicati, attività didattica, onorificenze, e quant'altro relativo alla persona, limitatamente a ciò che attiene l'attività professionale esercitata. Le informazioni dello studio (composizione, nome dei fondatori anche defunti, attività prevalenti svolte, numero degli addetti, sedi secondarie, orari di apertura, l'indicazione di un logo, l'indicazione della certificazione di qualità.

Di contro devono ritenersi vietati i dati che riguardano terze persone, i nomi dei clienti (anche in osservanza della normativa, sulla privacy), le specializzazioni (salve le ipotesi specifiche consentite dalla legge), i prezzi delle singole prestazioni, le percentuali delle cause vinte, il fatturato, le promesse di recupero e l'offerta di servizi.

Il titolo II dell'articolo 17, così come novato nella seduta del 26 ottobre 2002, consente inoltre l'utilizzazione della rete Internet e del sito web per l'offerta di consulenza nel rispetto di precisi obblighi tra cui assumono particolare rilievo la visibilità della partita IVA del professionista e del Consiglio dell'Ordine di appartenenza, l'impegno al rispetto del Codice Deontologico, l'indicazione della persona responsabile del sito, la specificazione degli estremi di eventuale polizza assicurativa con copertura estesa anche alle prestazioni on line e indicazione dei massimali, nonché l'indicazione delle vigenti tariffe professionali per la determinazione dei corrispettivi.

Non è consentito farsi pubblicità offrendo consulenza gratuita e ogni forma di pubblicità comparativa o l'ostentazione di clientela prestigiosa.

Sarà poi compito degli organi professionali controllare la legalità dell'operato dello studio "on line" ed eventualmente sanzionare disciplinarmente le ipotesi di concorrenza sleale, tenendo però presente il piano di parità che collega il professionista forense agli altri Paesi Europei, soprattutto alla luce della Legge comunitaria che dispone l'esercizio della professione forense in tutto il territorio europeo.

Nel tirare le somme (tra l'altro giammai definitive) appare significativo ricordare una tra le prime forme di pubblicità forense, risalente a due millenni addietro.

Un Giorno l'imperatore Claudio, nel recarsi in Tribunale, fu attratto durante il percorso, da un vistoso avviso posto davanti l'ingresso di una ricca abitazione.

A caratteri cubitali l'avviso, così precisava:

"Qui abita Telegonio Macario, oratore eloquentissimo.

Telegonio impartisce e consiglia chiunque sia implicato in situazioni scabrose, che lo obbligano a comparire davanti al Tribunale.

Telegonio conosce in modo approfondito tutte le leggi, editti, proclami, sentenze sia del passato, sia in vigore, nel campo del Diritto Romano, Greco, Egizio, Ebraico, Armeno.

Telegonio fornisce ai clienti, entro brevissimo tempo, pareri precisi e inconfutabili su qualsiasi vertenza giudiziaria venga sottoposta al suo esame.

Telegonio redige i testi oratori, con l'indicazione dei toni e dei gesti ai quali l'oratore deve attenersi. Si danno consigli per specializzazione nelle Perorazioni.

Telegonio ha compilato un Manuale delle figure retoriche, utile in tutte le circostanze.

Telegonio assicura che nessun cliente ha mai subito una sentenza sfavorevole, salvo i casi in cui la parte avversa si sia parimenti abbeverata alla medesima fonte di dottrina oratoria e cioè al medesimo Telegonio. Si assicurano pretese miti e trattamento signorile. Ricordate il detto di Euripide: la lingua e' piu' potente della spada".

Il nostro Telegonio (probabilmente un erudito fatto schiavo dai romani in occasione di una conquista in terra d'oriente e poi reso libero per il suo intelletto e le grandi capacità), ai nostri giorni avrebbe subito la radiazione dall'Albo degli Avvocati per aver violato quasi tutti i canoni deontologici vigenti.

Noi, invece, trasferendoci nell'agone forense di un lontanissimo passato, preferiamo inchinarci dinanzi alla scienza, all'arte e alla abilità del collega Macario Telegonio al quale dedichiamo una massima tratta dal "Faust" di Goethe che ben si addice agli avvocati in ogni tempo: "merita libertà e vita solo chi ogni giorno sa conquistarsele".

Avv.  
Andrea ACCARDO

## L'arrêt blanco

**“ La responsabilità in cui incorre lo Stato per i danni causati a privati dalle persone di cui esso si vale nei diversi servizi pubblici non è retta dai principi stabiliti dall'art. 1382 e seguenti del codice civile, per i rapporti tra privati. Tale responsabilità, che non è né generale, né assoluta, ha le sue regole speciali, che variano secondo i bisogni del servizio e la necessità di conciliare i diritti dello Stato con quelli dei privati. Spetta, dunque, al giudice amministrativo e non ai tribunali ordinari valutare tale responsabilità”.**

Con questa motivazione il “*Tribunal des Conflits*”, l'8 febbraio 1873, su declinatoria di competenza del Tribunale Ordinario avanzata dal Prefetto della Gironda, nelle vesti di rappresentante dello Stato Francese, stabiliva che un'azione risarcitoria incardinata da un privato nei confronti dello Stato doveva essere proposta avanti il Giudice Amministrativo e non già l'Ordinario Tribunale Civile.

Quel privato era Jean Blanco, che il 24 gennaio 1872 aveva citato, innanzi il Tribunale Civile di Bordeaux, lo Stato Francese, rappresentato dal Prefetto della Gironda, e quattro operai dell'azienda statale dei tabacchi, dando vita così ad un processo per responsabilità contro questi ultimi, come coautori delle ferite prodotte a sua figlia, e contro lo Stato, ritenuto civilmente responsabile dell'imprudenza e negligenza dei suoi dipendenti, con l'obiettivo di farli condannare in solido al risarcimento di 40 mila franchi in virtù di quanto disposto dagli articoli 1382 e 1383 del codice civile napoleonico, che prevedevano rispettivamente: “*qualunque azione dell'uomo che causa danno ad altri obbliga colui che l'ha commesso a risarcirlo*” e “*tutti sono responsabili dei danni prodotti non soltanto dalla loro attività, ma anche dalla loro negligenza o imprudenza*”.

Infatti in quell'anno, una bambina di cinque anni e mezzo, Agnès Blanco, era stata travolta da un vagoncino che trasportava tabacco, condotto dai dipendenti della società francese dei tabacchi, nella via pubblica che collegava due magazzini dello stabilimento di Bacalan dell'azienda.

Il Prefetto della Gironda, ritenendo che della questione dovesse interessarsi il Consiglio di Stato, in qualità di Giudice della Pubblica Amministrazione, aveva sollevato una declinatoria di competenza del Tribunale Ordinario davanti al quale si era instaurato il processo. Il Giudice civile, però, aveva rigettato l'eccezione affermando la propria competenza a decidere.

Per tale ragione il Prefetto, emessa la decisione, aveva proposto uno specifico mezzo di impugnazione della sentenza volto a far rilevare l'incompetenza del Tribunale Ordinario. Detto strumento, definito “*arrêt de conflit*”, aveva comportato la trasmissione della questione di competenza avanti il “*Tribunal des Conflits*”.

Quest'ultimo organo, peculiare istituzione presente nell'ordinamento francese, era composto da giudici del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione, ed aveva la specifica funzione di risolvere i conflitti tra giudici ordinari e giudici amministrativi.

Ebbene il Tribunale dei Conflitti, con la stringata motivazione sopra riportata, aveva accolto la questione sollevata dal Prefetto della Gironda, dichiarando che la causa intentata dal Blanco esulava dalla competenza del Tribunale Ordinario di Bordeaux.

Una più diffusa e completa argomentazione in ordine alle ragioni che avevano determinato una siffatta decisione è contenuta nelle conclusioni del “*Commissaire du gouvernement*”, alle quali il Tribunale dei Conflitti aveva aderito pienamente.

Quel Commissario, in tema di competenza, in effetti aveva avuto modo di evidenziare che il principio di non interferenza del giudice ordinario negli affari amministrativi era un principio costituzionale e doveva essere letto ed interpretato nel senso che era precluso a quest’ultimo l’esame di qualsiasi questione in cui fosse coinvolta una pubblica amministrazione nell’esercizio di un diritto pubblico; mentre in tema di responsabilità amministrativa lo stesso Commissario aveva rilevato, appunto, che essa non potesse essere né generale né assoluta, e ciò a causa dell’infinita varietà dei servizi pubblici prestati dallo Stato.

Così si concluse, dunque, quel processo. Correva l’anno 1873. Il “*Conseil d’Etat*” era divenuto giudice, dopo che, inizialmente istituito nel 1848, era stato soppresso già nel 1851, anno del colpo di stato di Napoleone III del 2 dicembre 1851, che aveva pure sciolto l’Assemblea Legislativa.

Solo tre anni prima, nel 1870, l’esercito prussiano aveva sconfitto a Sedan i Francesi, Napoleone III era caduto e con lui cadeva anche il II Impero Francese. A Parigi era stato istituito il Governo di difesa nazionale. Eravamo agli albori della III Repubblica.

In Italia, la breccia di Porta Pia bruciava ancora. Il 20 settembre 1870 le truppe piemontesi avevano occupato Roma e dopo circa un mese la città era stata annessa al Regno d’Italia per diventarne sua nuova Capitale.

Lo Statuto Albertino del 1848 era stato esteso all’intero Paese; Cavour, a seguito dell’unità d’Italia, per evitare fratture con la tradizione e per non minare la solidità delle istituzioni fondamentali dello Stato, aveva preferito evitare di nominare l’Assemblea costituente, pure da più d’uno invocata. Il sistema amministrativo e giudiziario piemontese, ideato sul modello di quello francese, era stato ritenuto soddisfacente al punto da non provare a compararlo con altri sistemi vigenti nella penisola prima dell’unificazione.

Dal 1865 vigeva la fondamentale legge n. 2248 sull’unificazione amministrativa del Regno, che aveva introdotto nuove disposizioni su comuni e province, pubblica sicurezza, sanità, Consiglio di Stato, contenzioso amministrativo e lavori pubblici.

In tale contesto storico, dunque, si è collocata la sentenza del Tribunale dei Conflitti del 1873. Si è dibattuto per anni circa la sua portata innovativa, che di certo non fu percepita dai contemporanei, che nessuna attenzione (o quasi) prestarono a quel piccolo caso.

Ancora alla fine del secolo, a dire di alcuni, comunque, continuava a trattarsi semplicemente di una mera riproposizione e conferma di principi giurisprudenziali già pacificamente noti; secondo altri invece la portata innovativa di tali considerazioni era

da rinvenirsi nel fatto che il Commissario avesse superato sia la tesi sino a quel momento cavalcata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui il giudice civile non poteva interferire quando si trattasse di conoscere circa la legittimità degli atti amministrativi; sia quella propria del Consiglio di Stato, a mente della quale il giudice civile non poteva interferire nell'attività amministrativa per dichiarare lo Stato debitore.

Quel che è certo, però, è che tutta la giurisprudenza successiva si è uniformata all'*arrêt Blanco del Tribunal des Conflits* del 1873, rimarcando che la responsabilità della pubblica amministrazione non ha una regola generale ed assoluta, ma regole speciali che variano in base ai bisogni dei servizi e la necessità di conciliare i diritti dello Stato con i diritti dei privati.

In effetti non può non sorprendere la grande intuizione con cui quel Tribunale ha compreso cosa fosse il diritto amministrativo, ed altrettanto sbalorditiva è senz'altro la modernità della definizione che ne diede, e che ancora oggi si rivela attuale.

Ed allora, cosa volle intendere quel Tribunale?

Ciò che si legge, dalle parole della motivazione che ha aperto questo breve saggio, è che l'agire della p.a. non è regolato da una, bensì da diverse e molteplici discipline che gli si applicano a seconda dei fine da raggiungere, e questo a ben vedere è proprio il connotato fondamentale, la caratteristica peculiare del nostro diritto amministrativo.

Esso, dunque, altro non è se non una serie di diversi complessi normativi distinti l'uno dall'altro e verticalmente disposti in cui la pubblica amministrazione si muove a seconda del servizio pubblico da fornire, tutti però orizzontalmente legati e "supervisionati" da regole generali dell'agire pubblico contenute in un complesso di principi comuni che spazia - avendo riferimento al diritto amministrativo italiano dei nostri giorni - dalle disposizioni costituzionali dell'art. 97 alla legge sul procedimento amministrativo.

Questo è, oggi, il diritto amministrativo.

Certo attualmente molti di quei servizi non sono più erogati dallo Stato direttamente o indirettamente tramite un proprio apposito organo, come invece accadeva alle origini. Il proliferare di aziende statali ed enti locali, società a capitale misto e privati concessionari ha reso difficile, se non impossibile, ogni tentativo di catalogazione dei soggetti chiamati ad applicare il diritto amministrativo.

Cartina di tornasole di tale difficoltà, in cui si è imbattuto lo stesso legislatore, è senza dubbio riscontrabile nell'art. 2 della Legge 109/94 - c.d. Legge Merloni, normativa quadro dei Lavori Pubblici - che dimostra storicamente quanto sia stato affannoso il tentativo, più volte oggetto di ritocchi, di individuare l'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni che la stessa legge ha inteso codificare.

Ma ciò, in effetti, appare comprensibile e soprattutto inevitabile se solo si considera che lo stesso diritto amministrativo, oggetto di continua evoluzione, paga tale dazio proprio per il suo intimo fine di voler regolare non già i rapporti di un gruppo di individui posti sullo stesso piano - come il diritto civile - bensì gli strumenti necessari allo svolgimento dell'attività di un soggetto, lo Stato, che per definizione è in una posi-

zione diversa ed anche superiore rispetto ai privati, e che per giunta è anch'esso in continua evoluzione, tanto nei compiti che gli sono assegnati quanto nei sui rapporti con i privati.

E proprio tale secondo ambito (meglio noto in Italia con i termini del dualismo diritto soggettivo – interesse legittimo) è stato gradualmente invaso dalle regole del diritto civile, sia ad opera della giurisprudenza (la sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione ne è l'emblema assoluto) sia per evoluzione normativa (il D.Lgs. 80 del 1998 e la L.n. 205 del 2000 su tutte).

Tale “invasione”, se da un lato ha avuto il pregio di parificare, in alcuni ambiti e per determinati rapporti, la posizione della pubblica amministrazione con quella dei privati, dall'altro ha indotto molti a chiedersi se il diritto amministrativo sia sopravvissuto a tali evoluzioni e se dunque abbia ancora un senso, oggi, parlare di diritto amministrativo.

Ebbene, la risposta a tale interrogativo, non a caso, coincide con la premessa del discorso.

Il diritto amministrativo, se lo si ricerca tramite l'individuazione di quei connotati classici del diritto civile, quali l'organicità e la sistematicità, non lo si riesce a trovare.

Al contrario, il diritto amministrativo esiste ed è più che mai vivo nella misura in cui lo si identifica non come un complesso unitario di norme, bensì come una serie di settori autonomamente regolamentati (si pensi, per esempio, alla sanità, all'istruzione, alle comunicazioni, alle opere pubbliche) e tenuti insieme da quella struttura unitaria – i cui limiti possono essere tratteggiati tra le disposizioni di cui all'art. 97 della Costituzione e la legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo - che disciplina i principi comuni dell'azione dello Stato e di quei soggetti, privati o pubblici, che agiscono al fine di erogare un servizio pubblico.

E proprio tale definizione coincide con le conclusioni di quella sentenza del 1873.

Ma allora, solo se intendiamo in questi termini la definizione di diritto amministrativo, rileggendo quella decisione, l'*arrêt Blanco*, scopriamo che essa, seppure relativa ad una piccola questione, ha avuto un ruolo fondamentale per le sorti della struttura degli ordinamenti giuridici dei Paesi di *civil law*: per la prima volta è stato riconosciuto che non uno, ma due diritti, esistevano: uno organico, da riferirsi ai rapporti tra i privati, l'altro, disomogeneo e mutevole a seconda del servizio da fornire alla collettività, applicabile all'agire della pubblica amministrazione ed ai rapporti tra le amministrazioni pubbliche ed i privati. In questo sta, senza dubbio, la portata innovativa della sentenza del “*Tribunal des Conflits*”.

Questo, dunque, accadeva l'8 febbraio 1873.

Molto più semplicemente, era nato il Diritto Amministrativo.



Avv.  
Carmelita DE FINIS

## la conciliazione nel giudizio ordinario\*

**L**o strumento della conciliazione giudiziale, nei suoi termini essenziali era conosciuto ed utilizzato fin dai tempi dell'antica Roma e da lì è giunto, anche attraverso l'influenza dell'ordinamento ecclesiastico, fino al Codice di Procedura Civile dell'Italia Unita del 1886.

Anche il Codice attualmente in vigore, risalente all'anno 1940, nella sua prima formulazione metteva in grande risalto l'istituto della conciliazione (giudiziale), sia attraverso la figura del Giudice Conciliatore che ereditava dalla vecchia legislazione, sia introducendo, anche se in termini generali, il tentativo di conciliazione in corso di giudizio.

In tempi più recenti alla figura del Giudice Conciliatore è subentrata quella del Giudice di Pace, nel quale, peraltro, la funzione giudicante ha finito per prevalere su quella finalizzata all'amichevole composizione della lite.

Al contrario, nelle controversie di lavoro, il tentativo di conciliazione è stato conservato, divenendo addirittura obbligatorio, al pari di quanto era stato inizialmente previsto anche nelle controversie sulle locazioni in tema di equo canone.

Va rammentato poi che la conciliazione giudiziale, obbligatoria e non, può essere affidata direttamente al Giudice o ad un terzo da questi designato, come nel caso del tentativo di conciliazione affidato al consulente tecnico nell'ambito dell'esame di documenti contabili e registri, previsto dall'art. 198 ss. c.p.c. che recita: *“Quando è necessario esaminare documenti contabili e registri, il Giudice Istruttore può darne incarico al consulente tecnico, affidandogli il compito di tentare la conciliazione delle parti”*...

Il Giudice di Pace svolge funzione giurisdizionale ed anche, come già detto, quella conciliativa, che apparteneva già al Giudice Conciliatore. Egli può esperire il tentativo di conciliazione sia in sede contenziosa che al di fuori del processo.

L'art. 320 c.p.c. (come l'art. 183 c.p.c., sulla prima udienza di trattazione dinanzi al Giudice ordinario) prevede che alla prima udienza il Giudice di Pace interroghi liberamente le parti (al fine di assumere tutte le notizie relative al giudizio ed ai motivi che lo hanno causato) per proporre una soluzione conciliativa che ponga termine alla lite.

◆ Nel procedimento ordinario dinanzi al Tribunale è previsto dall'art. 183 cpc che venga espletato il tentativo di conciliazione alla prima udienza di trattazione, ed anche, ai sensi dell'art. 185 cpc, *“in qualunque momento dell'istruzione”*.

Tale possibilità è prevista anche in sede di appello dall'art. 350 cpc, nonchè,

\* Il testo riproduce l'intervento svolto dall'Autore al convegno "La conciliazione stragiudiziale delle controversie" tenutosi a Roma, il 29 gennaio 2005 per

iniziativa della Commissione per lo studio della conciliazione stragiudiziale del centro studi del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

come sopra accennato, nelle controversie di lavoro ex art. 420 cpc ed in tema di separazione personale tra coniugi come previsto dall'art. 706 cpc e artt. 4 e segg della L. 898/1970 sul divorzio, come modificata dalla L. 74/1987.

In particolare, proprio nel procedimento di divorzio, l'obbligatorietà o meno del tentativo di conciliazione è stata lungamente dibattuta dalla S.C. che in un primo orientamento lo ritenne necessario, a pena di illegittimità della sentenza. (... *il tentativo di conciliazione configura un atto necessario: qualora senza giustificazione detto tentativo non sia stato effettuato nè dal Presidente del tribunale nè dal G.I., ovvero sia stato compiuto senza le modalità prescritte, si verifica una nullità che rende illegittima la sentenza* (Cass. Civ. n. 3169/1976 in tema di divorzio).

Mentre l'orientamento successivo ed attualmente prevalente, ritiene il tentativo di conciliazione di cui all'art. 708 cpc, facoltativo (...*il tentativo di conciliazione non costituisce un presupposto indefettibile del giudizio di divorzio in quanto la mancata comparizione di una delle parti non comporta la fissazione obbligatoria di una nuova udienza presidenziale, che può essere omessa quando non se ne ravveda la necessità e l'opportunità; pertanto il giudizio può proseguire ove risulti la persistente volontà della parte non comparsa di chiedere il divorzio*" (Cass. Civ. n. 11059/2001).

◆ L'art. 198, 199 e 200 cpc prevedono poi il caso sopra richiamato di "conciliazione delegata", affidata dal Giudice ad un soggetto da lui stesso nominato come consulente tecnico d'ufficio per l'esame contabile: la norma prevede che questo nel corso od all'esito delle indagini tenti la conciliazione delle parti.

Il tentativo di conciliazione è stato poi previsto dalla L. n. 276/1997 con la quale il Legislatore ha introdotto le sezioni stralcio presso i tribunali ordinari, per ridurre il notevole arretrato ivi esistente in materia civile.

L'art. 13 II c. di detta legge, sancisce che il G.O.A. designato disponga la convocazione delle parti dinanzi a sè al fine di tentare la loro conciliazione prima di dar corso alla prosecuzione del giudizio.

L'intento del Legislatore di incoraggiare le parti a risolvere transattivamente le liti pendenti (in numero sempre crescente), è dimostrato dalla esenzione fiscale dei verbali di conciliazione sottoscritti in questo ultimo tipo di giudizi, introdotta dalla L. 276/1997 art. 13 che dispone l'esenzione fiscale per quelli di valore inferiore a £. 50.000.000 (€ 25.882,84) e la riduzione dell'imposta alla metà per i giudizi di valore superiore a tale importo.

In materia di locazioni urbane, invece, il tentativo di conciliazione inizialmente previsto dagli artt. 44 e 45 della L. 392/1978, in tema di determinazione dell'"equo canone", è stato successivamente abrogato dalla L. 353/1990. La procedura che prevedeva il tentativo di conciliazione era obbligatoria ed addirittura pregiudiziale, rappresentando una condizione di procedibilità della domanda.

Infine, con la legge delega 3/10/2001 n. 366 ed il successivo decreto legislativo del 17/1/2003 entrato in vigore il 1/1/2004, è stato introdotto il tentativo facoltativo

tativo di conciliazione anche nel diritto societario, nell'ambito di un più ampio progetto di riforma sostanziale e processuale.

Purtroppo, l'intento del Legislatore nell'introduzione delle varie forme di tentativo di conciliazione in sede giudiziale, non è stato raggiunto ed infatti esso raramente raggiunge lo scopo di dirimere la controversia, per diversi ordini di ragioni; secondo parte della dottrina:

- a)** in primo luogo la mancanza di preparazione specifica alle tecniche di conciliazione e di "gestione del conflitto" potrebbe essere uno dei motivi di tale fallimento, che deriva peraltro dalla mancata previsione a livello universitario dapprima, e di aggiornamento professionale poi, di spazi appositi dedicati all'argomento.
- b)** inoltre potrebbe esistere una incompatibilità tra la figura del Giudice e quella del conciliatore, in quanto le parti ravviserebbero nel primo solo l'aspetto legato al potere ed alla decisione autoritativa della controversia.
- c)** il tentativo di conciliazione, poi, verrebbe avvertito solo come una fase del giudizio ed è difficile, in questa sede, che possano essere rivelati aspetti della lite che potrebbero poi essere utilizzati dalla controparte o valutati dal Giudice nella decisione della causa.
- d)** infatti, molto spesso, se si profila la possibilità di una risoluzione amichevole della lite, essa viene conclusa preferibilmente al di fuori del processo, che viene lasciato estinguere per inattività ex art. 309 cpc, il che presenta anche l'innegabile vantaggio di poter omettere la registrazione del verbale di conciliazione, spesso con notevole risparmio economico.
- e)** da ultimo, a giudizio di alcuni, si verifica anche una certa insensibilità alla conciliazione da parte dei privati e forse anche dei loro difensori che non collaborano con il giudice per una buona gestione del "conflitto", giungendo ad assumere comportamenti ostruzionistici.

La sentenza in conclusione, viene vista come l'unica via soddisfacente per la definizione delle controversie.

Il modo in cui è stata trattata finora la conciliazione nell'ambito delle nostre istituzioni è la conseguenza dell'atteggiamento culturale con cui nella nostra società ci si accosta al conflitto. Lo si considera infatti un evento patologico, un problema da risolvere esclusivamente in via tecnica da parte di soggetti adatti professionalmente a farlo nell'ambito di una struttura formalizzata: il processo-giudizio. Tutte le società tecnologicamente avanzate manifestano in varia misura questa tendenza. E questo spiega l'esuberante numero di processi in corso che trovano poi molto stentatamente la loro soluzione, anche a causa della carenza di organico delle strutture ed a causa della macchinosità ed eccessivo formalismo del sistema processuale.

Concludendo infine, come affermato dal Procuratore Generale S.E. Vecchione all'apertura dell'anno giudiziario 2005, "è necessaria una attenta riflessione sui danni che una denegata o ritardata giustizia infligge ai rapporti di impresa. La improbabilità del recupero dei crediti ed in generale il prolungarsi illimitato di

controversie patrimoniali fanno aumentare di per sè lo stesso rischio d'impresa e rendono più oneroso il rapporto con le banche; in definitiva aumentano le probabilità di procedure fallimentari. Nei rapporti transnazionali è frequente l'affermazione secondo cui si omette di investire in Italia in quanto sono ritenuti insufficienti i sistemi di garanzia. E' infine l'economia pubblica nel suo complesso che patisce effetti negativi e danni da processi che si trascinano per anni".

E' necessario quindi incentivare quei filtri che possano limitare il ricorso all'azione giudiziaria, con il ricorso alle istituende camere di conciliazione ed in generale ai modi alternativi di risoluzione delle controversie, come già avviene nella maggior parte degli ordinamenti giuridici.

Negli Stati Uniti troviamo l'origine di questi sistemi, all'inizio degli anni '70, a causa della cosiddetta "litigatio Explosion" per cui tra il 1970 ed il 1985 i giudizi civili si erano più che quadruplicati nelle Corti federali, con un costo di circa l'equivalente di £. 60.000 miliardi di lire al valore dell'epoca. Un sistema procedurale rigidamente garantista e formale è necessariamente molto costoso; per poter continuare a funzionare deve filtrare e selezionare necessariamente le cause che vengono proposte affinché solo in numero abbastanza ristretto delle stesse giunga a definizione a seguito di un iter completo.

Negli Stati Uniti è così solo per un 10% dei procedimenti: gli altri non arrivano a compimento grazie a vari tipi di transazioni e patteggiamenti, percentuale che è auspicabile possa raggiungersi anche nella nostra realtà.

Avv.  
Fabrizio GALLUZZO

# le intercettazioni: tutela delle garanzie costituzionali e prospettive di riforma

## Premessa

“ **N**el nostro beato Paese chiunque controlla chiunque, comunque e dovunque gli piace[sse], in barba alla giustizia, alla polizia, alla Costituzione, alla privacy dei cittadini, allo Stato”<sup>1</sup>. Alla luce dei recenti fatti di cronaca che hanno visto quali protagonisti importanti uomini delle Istituzioni, ed al conseguente dibattito politico-giuridico che ne è scaturito, le parole riportate sembrano ben descrivere il quadro che sembra essere emerso dalle vicende suddette. Si tratta in realtà di un brano estrapolato da un articolo dei primi anni '70 di Giuliano Vassalli, nel quale l'Illustre giurista denunciava una situazione intollerabile per la privacy dei cittadini e per il loro libero esercizio dei diritti costituzionali: l'utilizzo indiscriminato e non dettato da specifiche e puntuali esigenze investigative delle intercettazioni. Un problema, quindi, avvertito già allora e tale da indurre in quegli anni ad un duro intervento della Corte Costituzionale dapprima<sup>2</sup> e del Legislatore subito dopo<sup>3</sup>. La prima apparizione di questo invasivo mezzo di ricerca della prova nella storia della procedura penale italiana risale al codice di procedura penale del 1913, contenente una disciplina ancora scarna di uno strumento della cui effettiva utilità investigativa si dubitava molto<sup>4</sup>, se si pensa allo stato della tecnologia dell'epoca. Il codice del 1913 si limitava ad autorizzare gli ufficiali di polizia giudiziaria ed il magistrato istruttore ad “accedere agli uffici telefonici per intercettare o impedire comunicazioni, o assumere cognizione”<sup>5</sup>. In un clima politico segnatamente repressivo, il codice di procedura penale del 1930 disciplina in maniera più dettagliata la materia<sup>6</sup> attribuendo al giudice istruttore ampie possibilità di intervento (non ultimo il potere di procedere personalmente e direttamente alle intercettazioni, previo decreto), in un sistema, tuttavia, privo ancora di garanzie per i cittadini. L'avvento della Costituzione del '48 che ha introdotto ampie garanzie in relazione ai diritti di libertà (fra i quali, la libertà ex art. 15 che qui ci interessa), ha aperto la strada ad una pro-

1 Giuliano Vassalli, “*Il Giorno*”, 15 marzo 1973

2 Sentenza 6 aprile 1973 n. 34 Corte Costituzionale, in *Giur. Cost.*, 1973, p. 330

3 Legge 8 aprile 1974 n. 98

4 Si veda in tal senso MANZINI, *Diritto processuale penale italiano*, Torino, 1932, p. 559: “quanto poi al segreto telefonico, a parte che i discorsi compromettenti o delicati non si fanno di solito mediante il telefono, non si vede che danno possa derivare agli onesti [...] dalla disposizione in esame e dal fatto che un pubblico ufficiale obbligato al segreto possa ascoltare quelle conversazioni, che sono o

possono essere udite dal garrulo sciame delle telefoniste, le quali senza dubbio non rappresentano l'ideale della segretezza”.

5 Artt. 170, co. 3 e 238, comma 3 c.p.p. 1913

6 Agli artt. 226, co. 3: “Gli ufficiali di polizia giudiziaria, per fini del loro servizio, possono anche accedere agli uffici o impianti di pubblico servizio per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni, prendere cognizione o assumere altre informazioni” e 339: “Il giudice può accedere agli uffici o impianti telefonici di pubblico servizio per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni o assumere cognizione. Può anche delegare un ufficiale di polizia giudiziaria”.

duzione normativa che nel giro di qualche decennio ha portato all'attuale disciplina. Solo negli anni '50 si recepì il dettato costituzionale, imponendo la motivazione dei decreti che disponevano le intercettazioni al giudice istruttore e la necessità per la polizia giudiziaria di munirsi di autorizzazione giudiziaria per procedere alle stesse<sup>7</sup>. In quegli anni, tra l'altro, sarebbe stata resa esecutiva in Italia la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che particolare attenzione dedicava alla tutela della vita privata dei cittadini<sup>8</sup>. Costituisce tuttavia una pietra miliare della materia la Sentenza n. 34/1973 con cui la Corte Costituzionale sancì alcuni canoni basilari in tema di intercettazioni che rappresentarono la base della riforma realizzata l'anno seguente<sup>9</sup>. Se si eccettua la parentesi degli anni dell'emergenza terrorismo che indusse il Legislatore ad un'inversione di tendenza di stampo autoritario<sup>10</sup>, la disciplina rimase immutata fino alla redazione del nuovo codice di procedura penale. La normativa attuale, ben più circostanziata nei presupposti, nei limiti, nelle modalità di realizzazione delle intercettazioni e della successiva utilizzazione dei risultati delle stesse, ha tuttavia dimostrato di non essere esaustiva e di necessitare un'ampia rivisitazione che coinvolga i diversi aspetti che gli scandali degli ultimi tempi e le denunce da anni sollevate fra i banchi del Parlamento<sup>11</sup>, sulle colonne dei quotidiani e negli ambienti giuridici<sup>12</sup>, hanno messo ancora una volta in luce. I numeri, d'altra parte, parlano chiaro: l'Italia è primatista assoluta tra gli stati di tutto il mondo per quantità di intromissioni nella sfera della riservatezza dei cittadini. I dati sono allarmanti non solo dal punto di vista quantitativo<sup>13</sup> (le intercettazioni italiane sono venti volte maggiori di quelle degli USA<sup>14</sup>, la cui popolazione, tuttavia, è di 260 milioni di abitanti circa), ma da quello che potrebbe definirsi "qualitativo":

7 Mediante la legge 18 giugno 1955, n. 517, artt. 339 e 226

8 In particolare l'art. 8 tutela la vita privata ed individuale e la corrispondenza delle persone. In tema v. CONSO, *Patti internazionali in materia penale e interventi della Commissione europea*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1969, p. 680

9 Legge 8 aprile 1974, n. 98

10 Decreto legge 21 marzo 1978, n. 59, poi convertito con legge 18 maggio 1978, n. 191, segnatamente gli artt. 6 (eliminazione del limite massimo di durata delle operazioni, con possibilità di proroghe illimitate), 7 (autorizzazione orale alle intercettazioni, confermabili anche successivamente attraverso motivazione scritta), 9 (estensione delle intercettazioni all'attività ante delictum, con facoltà per il Procuratore della Repubblica di autorizzare le intercettazioni richieste dal Ministro dell'interno, o su sua delega, di altri funzionari dipendenti del potere esecutivo, quando ciò fosse necessario ai fini delle indagini rivolte ad evitare la commissione di reati particolarmente gravi).

11 Illuminante in tal senso l'affermazione sarcastica contenuta nel progetto di legge n. 3077, presentato il 25 luglio 2002 alla Camera dei Deputati, con cui si

proponeva l'istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulle intercettazioni telefoniche: "Se Orwell dovesse trovare un territorio nel quale dare sistemazione al suo "Grande Fratello", quello italiano, in questo momento, sarebbe il più adatto".

12 Su tutte, la Lettera del 19 luglio 2001 del Garante della Privacy Stefano Rodotà al Presidente della Commissione Europea, al Presidente del Consiglio dell'Unione Europea e al Presidente del Parlamento Europeo.

13 I dati forniti dall'Eurispes nel "Rapporto Italia 2003" chiariscono la situazione: negli anni 2000-2001 le richieste di intercettazione accolte dai giudici sono state in media intorno alle venticinquemila a fronte di un numero di richieste che si aggira attorno alle trentamila. La percentuale di non concessione delle proroghe tra il 2000 ed il 2002 è del 4.5%. L'Eurispes stima che ogni cinque anni siano trattenuti circa trecentocinquanta miliardi di dati telefonici.

14 Negli Usa, tra il 1998 e il 2000 le intercettazioni furono in media milletrecento; la percentuale degli arresti portati a termine grazie ad esse fu del 30%; il 75% dei reati per i quali furono disposte consistevano in violazioni di leggi antiracket e antidroga, omicidi e gioco d'azzardo.

otto le autorizzazioni concesse dai giudici a fronte di dieci richieste ; inferiore al 5% la percentuale di rigetto delle richieste di proroga.

### I “pericoli costituzionali” e la Sentenza 34/1973

Come anticipato nella premessa, la disciplina delle intercettazioni ha da sempre sollevato numerosi dubbi di conformità a Costituzione, interessando aspetti della vita privata dei cittadini espressamente dichiarati inviolabili. E’ noto, infatti, come la nostra Carta Costituzionale proclami, all’art. 15, l’inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, consentendone tuttavia una limitazione “soltanto per atto motivato dell’ autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge”. Il dettato costituzionale è espressione della cosiddetta “duplice riserva”: riserva di giurisdizione, laddove si richiede la presenza dell’ autorità giudiziaria nella fase della concessione dell’ autorizzazione a procedere alle operazioni di intercettazione – nulla osta che deve essere motivato; riserva di legge, consistente nella analitica e sostanziale delimitazione dei casi in cui le intercettazioni possono essere disposte e dei presupposti e modalità in presenza delle quali possano essere realizzate ed utilizzate. E’ evidente, tuttavia, la delicatezza del tema. Come bilanciare<sup>15</sup> la necessità di tutelare le libertà che i cittadini hanno faticosamente ottenuto con la Costituzione del ’48 con l’ esigenza dell’ ordinamento di prevenire e reprimere i reati anche grazie a strumenti che consentono di ottenere fondamentali apporti investigativi (e si pensi, al di là delle intercettazioni telefoniche, a quelle ambientali e soprattutto a quelle telematiche, sempre più decisive se si pensa al crescente traffico di informazioni che “naviga” su Internet)? Un ruolo fondamentale in tal senso è stato svolto negli anni dalla Corte Costituzionale che, con numerose pronunce<sup>16</sup>, ha “indirizzato” il Legislatore verso una disciplina sempre più garantista dei diritti dei cittadini (la circostanza che ciò avvenga, ahimè, solo sulle pagine dei codici e non in linea pratica, è argomento ben diverso e che tratteremo in seguito in prospettiva de *jure condendo*). Tali sentenze, a partire non solo cronologicamente dalla Sentenza 34/1973, grondante di rilievi e suggerimenti al Legislatore, hanno agevolato, mediante il proprio prestigioso avallo, le normative degli anni successivi che, tuttavia, non hanno aderito del tutto ai dettami del giudice delle leggi. Si discuteva, innanzitutto, all’ epoca se la doppia riserva di cui all’ art. 15 Cost. avesse trovato effettiva attuazione: e mentre non si dubitava a proposito della riserva di giurisdizione (realizzata con l’ atto motivato dell’ autorità giudiziaria), forti perplessità emergevano quanto alla riserva di legge. Anche sul primo, generalmente incontroverso, punto, la Corte si è comunque soffermata preoccupandosi di trattare l’ iter logico che deve essere percorso dal Magistrato nell’ autorizzare

15 Sulla necessità di tale bilanciamento, v. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, pag. 39 ss.

16 Su tutte, v. Corte Cost., sent. n. 366 del 1991; Corte Cost. sent. n. 81 del 1993; oltre, ovviamente, alla sent. n. 34 del 1973. In dottrina l’ argomento è trattato da DI CHIARA, *Processo penale e giurisprudenza costituzionale*, Roma, 1996, p. 169 ss..



le intercettazioni. Il provvedimento del magistrato deve, innanzitutto, considerare i due interessi che rilevano ai fini dell'art. 15 Cost.: la libertà e segretezza delle comunicazioni, quale diritto inviolabile e quello connesso alla prevenzione e repressione dei reati. Di fronte alla richiesta di autorizzazione effettuata dalla polizia giudiziaria, il magistrato non può limitarsi ad accertare un'astratta conformità dell'oggetto della richiesta ai "fini del loro servizio"<sup>17</sup> ma deve verificare, nello specifico, la necessità dell'intercettazione per assicurare la scoperta della verità attraverso le indagini. La Corte, in particolare, richiedeva una "cautela scrupolosa" all'autorità competente, giustificata dalle gravi menomazioni che le intercettazioni comportano in riferimento all'art. 15 Cost. In tal senso la Corte ha saputo addentrarsi in maniera incisiva nell'individuazione dei capisaldi che devono guidare il ragionamento del magistrato che deve essere da un lato volto all'accertamento che "ricorrono effettive esigenze proprie dell'amministrazione della giustizia, che realmente legittimino simile forma di indagine"; dall'altro che "sussistono fondati motivi per ritenere che mediante la stessa possano essere acquisiti risultati positivi per le indagini in corso". Altro contributo importante fu dato dall'affermazione della necessità di stabilire una durata per le intercettazioni disposte, compito affidato al magistrato, tenuto a definire limiti temporali nell'apposito decreto, in considerazione delle circostanze, dell'andamento delle indagini. Ciò veniva dichiarato in un contesto normativo in cui si taceva assolutamente al riguardo. La Corte denunciava pure il pericolo della concessione di un'autorizzazione per un arco temporale eccessivamente ampio, essendo tale prassi elusiva dell'obbligo di motivazione, non sempre permanendo nel tempo le concrete e gravi esigenze che giustificavano originariamente l'intercettazione. Affrontando il delicato tema delle altre garanzie che, in virtù dell'art. 15 comma 2 Cost. devono accompagnare le limitazioni alla libertà in tale norma riconosciuta, la Corte ha subito prospettato una distinzione tra garanzie di ordine tecnico e di ordine giuridico. Le prime attengono ovviamente agli impianti, alle strutture utilizzate in sede di intercettazione, con modalità tali da consentire all'autorità giudiziaria di "esercitare anche di fatto il controllo necessario ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e solo nei limiti dell'autorizzazione". E se la Corte ha riconosciuto al legislatore un ampio margine di discrezionalità sul piano organizzativo, ha, però, sottolineato con decisione l'esigenza di una strutturazione dei relativi impianti. E le proposte moltiplicatesi in dottrina in seguito a tale "appello" della Corte, scaturirono nell'idea, poi recepita dal legislatore, di abolire in via immediata le centrali di ascolto istituite allora presso le sedi della polizia, e concentrare gli impianti presso la sola Procura della Repubblica<sup>18</sup>, così da con-

17 Il riferimento, ancora una volta, è all'art. 220, comma 3, c.p.p. abrogato

18 Il contesto non consente una vasta trattazione dell'aspetto relativo all'utilizzazione di impianti esterni alla Procura. L'art. 268 c.p.p., terzo comma si occupa degli impianti, disponendo che le operazioni possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella

Procura della Repubblica. La norma prevede, tuttavia, che qualora sussistano due requisiti [ a) insufficienza o inidoneità degli impianti ; b) esistenza di eccezionali ragioni di urgenza ], il p.m. può, con decreto motivato, disporre il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria. L'art. 226 quater, secondo comma del c.p.p. del 1930 menzionava solo generiche ragioni d'urgenza per derogare



sentire al magistrato la sorveglianza sulle operazioni. Ma l'affermazione più coraggiosa ed innovativa (formulata nel quadro della più ampia problematica concernente la sorte delle intercettazioni effettuate dalla polizia senza previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria) fu quella per cui nell'ipotesi di intercettazioni telefoniche abusive, accanto alla violazione della legge penale, si realizzerebbe contemporaneamente quella della Costituzione, in particolare di un diritto inviolabile dell'individuo. Tanto che la Corte ha ricavato dall'art. 15 Cost. un vero e proprio divieto all'impiego processuale delle prove ottenute in spregio del comma 2 della norma suddetta. Quindi, tra le prove "vietate dalla legge" (e inutilizzabili, di conseguenza, nel processo) risulterebbero, in primis, quelle acquisite in violazione di norme costituzionali che riconoscono diritti costituzionali inviolabili.

Per completare sinteticamente il quadro degli interventi della corte Costituzionale<sup>19</sup>, le condizioni imprescindibili che devono sussistere ai fini della disposizione delle intercettazioni possono così individuarsi:

- a) contemperamento dei due interessi costituzionali contrapposti ( tutela del diritto ex art. 15 ed esigenza della prevenzione e repressione dei reati ) ;
- b) sussistenza di effettive e concrete esigenze investigative ;
- c) definizione della durata, delle condizioni per le proroghe<sup>20</sup>, in ogni caso limitate anch'esse nel tempo ;
- d) segretezza dei contenuti carpiri mediante le intercettazioni ;
- e) utilizzazione dei risultati esclusivamente per le indagini concernenti i reati per i quali le intercettazioni sono state disposte ;
- f) tutela dei terzi coinvolti indirettamente dalle operazioni di captazione.

segue nota 18

alla disciplina ordinaria.

Fu il d.l. n. 59 del 1978 (convertito in legge 18 maggio 1978, n. 171) a consentire per la prima volta che, nei casi d'urgenza, si potessero utilizzare gli impianti ubicati negli uffici della polizia giudiziaria.

La scelta legislativa rientrava in una linea di tendenza più ampia che mirava a restituire determinate prerogative agli organi di polizia.

Riaffacciandosi i dubbi sollevati solo pochi anni prima dalla Corte Costituzionale circa la discrezionalità troppo ampia, consentita per la valutazione delle condizioni legittimanti la deroga, il nuovo codice di procedura penale ha voluto rafforzare l'eccezionalità del ricorso a mezzi sui quali il controllo giudiziario sarebbe meno intenso con l'aggiunta dell'esistenza di un'assoluta necessità, in cui il pregiudizio per le indagini va rapportato anche alla gravità dei fatti sui quali si svolgono gli accertamenti.

Nella giurisprudenza sono molti gli interrogativi circa la ratio di questa normativa e circa l'opportunità di alcune limitazioni che essa determina quanto all'utilizzazione di intercettazioni realizzate in determinate condizioni.

In più occasioni si è prospettata l'illegittimità costituzionale dell'art. 268, comma 3 c.p.p. in riferimento agli artt. 3 (per contrasto con la direttiva n. 37 che sancisce a livello generale il potere del pubblico ministero di delegare atti di indagine alla polizia giudiziaria), 76 (la l. 16 febbraio 1987, n. 81 conferirebbe genericamente al Governo il potere di individuare "gli impianti presso cui le

intercettazioni possono essere effettuate" ; nessun riferimento, nemmeno implicito, sarebbe individuabile circa le ragioni d'urgenza) e 112 Cost. Nella prassi, poi, sempre più spesso si riscontra l'insufficienza degli impianti laddove siano in corso indagini complesse che richiedono l'ascolto di numerose linee telefoniche. Non sussistendo, in linea teorica, il requisito dell'urgenza, il rispetto pedante della normativa comporta la perdita di prove decisive per l'accertamento della verità.

Si propone, da parte della dottrina, di affidare al giudice anche il controllo sulle modalità delle captazioni, dovendo egli prendere in considerazione anche quali impianti il p.m. voglia utilizzare allorché la necessità ed urgenza imponga l'impiego di impianti diversi da quelli della Procura.

19 Su tali aspetti, v. anche Corte Cost., 24 febbraio 1994, n. 63, in Cass. pen. 1994, p. 1447

20 Sulle proroghe, peraltro, la giurisprudenza tende ad essere meno rigorosa, in particolare in riferimento alla motivazione, consentita "per relationem", di cui più diffusamente in seguito. A tal proposito, v. Cass., sez. I, 22 dicembre 1998, Laghi, in Guida dir., 1999, p. 105 (per la motivazione del recto di proroga si esige "minore specificità rispetto a quella del decreto di autorizzazione originario e questa può pertanto risolversi nel dare atto della constatata plausibilità delle ragioni esposte alla base della richiesta del p.m."), e Cass., sez. VI, 15 ottobre 1994, Celone, in C.E.D. Cass., n. 201852.

Numerosi gli altri aspetti problematici.

Per comprendere appieno se tali esigenze siano state recepite dalla legge e siano effettivamente realizzate, è opportuno esaminare partitamente i singoli aspetti della procedura vigente.

## Il procedimento ordinario<sup>21</sup>

Nell'ambito della disciplina ex artt. 266 e seguenti c.p.p., il ruolo di impulso all'effettuazione di intercettazioni ai fini delle indagini, è assegnato al Pubblico Ministero nell'ottica dicotomica<sup>22</sup> che il codice del 1988 ha saggiamente affermato: il P.m., organo dell'accusa, svolge la funzione investigativa; un soggetto terzo, il giudice, svolge la funzione di garantire il regolare andamento delle operazioni, contemperando il rispetto per le libertà costituzionalmente garantite a favore dei singoli individui, con l'esigenza pubblica della prevenzione e repressione dei reati.

Nell'art. 266, comma 1 sono individuate le ipotesi criminose per le quali è consentita l'intercettazione<sup>23</sup>: solo per tali reati il P.M. ha la facoltà di richiedere al G.I.P. l'autorizzazione ai sensi dell'art. 267, comma 1. Tale norma, più nel dettaglio, richiede:

- 1) un decreto motivato del giudice che autorizzi le operazioni
- 2) la sussistenza contemporanea di due requisiti:
  - a) la presenza di gravi indizi di reato
  - b) l'indispensabilità assoluta dell'intercettazione ai fini della prosecuzione delle indagini.

21 Si parla di procedimento ordinario in contrapposizione alla c.d. procedura "ex abrupto". La disciplina prevista nel primo comma dell'art. 267 c.p.p. trova, infatti, un'importante deroga nei "casi di urgenza", cui si riferisce il comma 2 della stessa norma. In tali circostanze è riconosciuta al p.m. la facoltà di disporre, con decreto motivato, le intercettazioni allorché "vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini".

La formula normativa utilizzata nel progetto preliminare faceva riferimento "all'acquisizione della prova" e non al "pregiudizio alle indagini", locuzione ben più ampia che lascia trasparire la volontà del legislatore di allargare l'ambito di operatività dell'istituto. Questa estensione della disciplina è dettata dall'esigenza di evitare che prove di rilevante importanza possano non essere acquisite per il decorso del tempo. Ne deriva che la motivazione illustrata dal p.m. nel decreto d'urgenza dovrà dimostrare non solo la sussistenza del requisito del pregiudizio alle indagini, ma dovrà attestare l'incompatibilità della procedura ordinaria con la situazione esistente nel momento in cui il decreto è stato adottato.

Ai fini della convalida dello stesso atto, il p.m. deve darne comunicazione al giudice immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore. Questi, a sua volta, dovrà decidere sulla convalida, sempre con decreto motivato, entro le quarantotto ore dal provvedimento. Qualora il giudice rifiuti la convalida o, in ogni caso, confermi tardivamente il decreto, la sanzione prevista dallo stesso

comma 2 dell'art. 267 c.p.p., consiste nell'impossibilità di proseguire l'intercettazione e nell'inutilizzabilità dei risultati già conseguiti attraverso la stessa captazione.

22 Sull'argomento, v. FERRAIOLI, *Il ruolo di "garante" del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 2001 e GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale*, Milano, 1989, p. 25 ss; GREVI, *Funzioni di garanzia e di controllo*, cit., p. 25 ss; RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996, p. 15 ss., in cui si traccia il concetto della "giurisdizione di garanzia".

23 "L'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati: a) delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4; b) delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4; c) delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope; d) delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive; e) delitti di contrabbando; f) reati di ingiuria, minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono; f) delitti previsti dall'articolo 600-ter, comma 3, del codice penale.

## Motivazione del decreto

L'obbligo di motivazione rappresenta tradizionalmente uno dei cardini del giusto processo: tale principio è poi stato ribadito con decisione con la riforma dell'art. 111 Cost., che nel comma 6 statuisce che "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati". L'obbligo di motivazione<sup>24</sup> è, peraltro, un principio di civiltà giuridica basilare che dovrebbe vigere al di là di espresse previsioni normative. Un primo orientamento, consolidatosi nei primi anni '80, considerava valido, al contrario, il decreto che nella parte motiva si limitasse a richiamare, per *relationem*<sup>25</sup>, le richieste del pubblico ministero o le informative della polizia giudiziaria. La motivazione del decreto - si diceva - può anche essere la minima indispensabile e può anche richiamare un separato atto, purché chiarisca le ragioni del provvedimento ed il rispetto dei presupposti che la legittimano<sup>26</sup>. Questa visione sembrava essersi arrestata ai primi anni '90, ma recentemente è stata riproposta. Portando qualche esempio, è stato ritenuto valido il decreto autorizzativo richiamante, nella motivazione, "un atto contenuto nella richiesta del pubblico ministero e comunque nella disponibilità delle parti che possono esaminarlo"<sup>27</sup>. Addirittura è stato considerato valido quel decreto autorizzativo contenente una "motivazione predisposta", cioè una struttura motivazionale prestampata, poiché "il contenuto, successivamente integrato con le indicazioni delle attività investigative, appare esaustivo nel senso predetto"<sup>28</sup>. Grottesca, poi, la sentenza che ha ritenuto non viziato da mancanza di motivazione un decreto di autorizzazione contenente, nella parte motiva, fotocopia della richiesta del P.m., in quanto "anche in tal modo il giudice ha comunque mostrato di aver espresso una propria autonoma valutazione in ordine alla sussistenza delle condizioni legittimanti l'adozione del provvedimento"<sup>29</sup>. Alla luce delle considerazioni svolte in precedenza ed agli ammonimenti più volte lanciati dalla Corte Costituzionale, a parere di chi scrive, non si può ritenere che il genere di motivazioni qui passate in rassegna possano assolvere alla ratio insita nell'obbligo di motivazione: assicurare una scrupolosa valutazione da parte del magistrato circa la necessità di limitare fondamentali diritti del cittadino soltanto in presenza della concreta possibilità di assicurare alla giustizia materiale decisivo per le indagini. Su tale scia opera un (incredibilmente) restrittivo orienta-

24 Illuminante sulla sommaria indicazione delle motivazioni nel decreto di autorizzazione SIRACUSANO, *I provvedimenti penali e le motivazioni implicite per relationem e sommarie*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1958, 336

25 Sempre SIRACUSANO (*I provvedimenti penali*, cit., p. 368) spiega l'origine della motivazione per *relationem*: essa deriverebbe dall'istituto civilistico del c.d. *negotium per relationem*. Per Siracusano, tuttavia, "più fecondo, ai nostri fini, può risultare l'accostamento alla [...] relativo formale. In essa vi è la rappresentazione della situazione da prendere in considerazione. Il che, nel nostro caso significa che, mediante questo tipo di relativo, resterebbe salva l'attività del decidente, nel duplice aspetto di procedimento logico e di riferimento di esso"

26 Anche in tempi recenti, peraltro, la dottrina si è espressa sulla stessa scia, v. FILIPPI, *Decreto che autorizza l'intercettazione telefonica e motivazione per relationem*, nota a Cass., sez. un., 21 giugno 2000, in Dir. pen. proc., 2001, 633 ("è indispensabile un minimum motivazionale che dimostri l'impegno del decidente nel conoscere prima e nel valutare poi l'altrui motivazione come sufficiente e pertinente al proprio provvedimento da giustificare").

27 Sent. Sez. V, 28 ottobre 1997, Catalano

28 Tribunale di Velletri, ord. 22 gennaio 1999, Pietrosanti

29 Sent. Sez. I, 8 gennaio 1998, Fornaio

mento giurisprudenziale<sup>30</sup> che richiede, appunto, un maggior rigore da parte dei giudici impegnati nella motivazione, non potendo tale compito essere assolto con il “ricorso a citazioni o perifrasi apodittiche del contenuto delle norme che disciplinano l’assunzione del mezzo probatorio”<sup>31</sup> o a generiche clausole di stile.

La motivazione deve essere analitica, dettagliata e rivolta al contemperamento degli interessi di rilevanza costituzionale, nel solco delle vie aperte dalla sentenza 34/1973 della Corte Costituzionale<sup>32</sup>. Ed è chiaro come, per questo filone, l’eventuale ammissibilità di una motivazione per relationem non potrebbe prescindere dal divieto di richiamare un atto di un soggetto processuale diverso dal giudice. Ma, come anticipato, la motivazione per relationem è tornata in auge, negli ultimi anni, in particolare a partire da una famigerata sentenza delle Sezioni Unite<sup>33</sup> in cui sono state addirittura fissate le regole per l’utilizzo della motivazione per relationem. E’ peraltro necessario premettere che anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>34</sup> ha da tempo fissato i limiti per questo tipo di motivazione:

- a) la motivazione per relationem deve indicare l’atto da cui risultano le ragioni della decisione
- b) l’atto richiamato deve essere reso disponibile alle parti
- c) tale atto deve, a sua volta, essere motivato.

La richiamata sentenza<sup>35</sup> si è probabilmente ispirata a questa giurisprudenza per stendere le regole della motivazione per relationem. La legittimità della “relationem” è subordinata a due condizioni esterne ed una interna all’atto che motiva per riferimento. Delle condizioni esterne l’una richiede che l’atto di riferimento contenga una motivazione congrua rispetto all’esigenza propria del provvedimento che lo richiama; l’altra che tale atto di riferimento sia allegato o trascritto nel provvedimento o che, comunque, sia conosciuto dall’interessato ed ostensibile al momento dell’eventuale gravame. La condizione interna vuole, invece, che l’atto contenga elementi da cui si possa dimostrare che il Giudice ha preso cognizione delle effettive ragioni del provvedimento di riferimento, ritenendole coerenti con la sua decisione. Aderendo a tale orientamento, non sarebbe quindi legittima e conforme a Costituzione, una motivazione sviluppata esclusivamente per relationem, come sarebbe invece consentito in ambito amministrativo<sup>36</sup>. Le sentenze dagli anni successivi non solo hanno confermato l’orientamento favorevole alla motivazione per relationem, ma hanno accentuato il

30 Anche autorevole dottrina si schiera contro la motivazione per relationem, in particolare in riferimento ai canoni di cui alla Sent. 34/1973. In tal senso, v. FILIPPI, *L’intercettazione*, cit., p. 108 ss. e CAMON, *Le intercettazioni*, cit., p. 112 ss

31 Sez. III, 03/10/1997, Shabani

32 Vedi anche Cass. sez. VI, 14 dicembre 1998, Venturini, cit. e Cass., sez. VI, 5 ottobre 1994, Fellone, cit.

33 SS. UU. 21/09/2000, Primavera, in Arch. n. proc. pen., 2000, p. 650

34 Cons. giust. Amm., 20 gennaio 2003, n. 31; sez. VI, 24 ottobre 1995, n. 1201; sez. IV, 7 marzo 1994, n. 204; sez. IV, 28 maggio 2003, n. 2970

35 SS. UU. 21/09/2000, Primavera, cit.

36 Opportuno riportare testualmente tale fondamentale brano della sentenza de quo: “La motivazione per relationem di un provvedimento giudiziale è da considerare legittima quando: 1) faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all’esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3) l’atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall’interessato o almeno conoscibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l’esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell’organo della valutazione o dell’impugnazione”

fenomeno, consentendo motivazioni sempre più stringate<sup>37</sup>. Per non parlare poi delle discussioni sorte in giurisprudenza circa le conseguenze di un decreto viziato nella motivazione. Un primo indirizzo<sup>38</sup> sostiene che il vizio di motivazione integra una duplice forma di invalidità: nullità in relazione al provvedimento autorizzativo (per il combinato disposto degli artt. 267, comma 1 e 125, comma 3 c.p.p.) ed inutilizzabilità per i risultati intercettativi (art. 271, comma 1 c.p.p.)<sup>39</sup>.

Il secondo filone ravvisa, nel caso di vizio di motivazione, la sola inutilizzabilità ex art. 271 c.p.p. in relazione all'art. 267 c.p.p.: in base ad un asserito "rapporto di specialità" la nullità sarebbe assorbita dalla sanzione più radicale dell'inutilizzabilità<sup>40</sup>. Con una decisione molto discutibile<sup>41</sup>, sono intervenute le Sezioni Unite, le quali hanno sostenuto che il vizio per carenza di motivazione non può determinare l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ma solo una forma di invalidità dei provvedimenti "in quanto la sanzione dell'inutilizzabilità deve riferirsi alla sola violazione delle norme degli artt. 267 e 268, commi 1 e 3 c.p.p., mentre le eventuali illegittimità formali come, ad esempio la mancata motivazione del decreto autorizzativo, ne determinano semmai l'invalidità"<sup>41</sup>. Si parla di inutilizzabilità quasi come se essa non fosse una forma di invalidità! In pratica si ritiene che l'inutilizzabilità dei risultati intercettativi potrebbe derivare solo dall'effettuazione delle operazioni al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, o dalla mancanza dei due requisiti fondamentali per la concessione dell'autorizzazione. Corollario di tale orientamento la distinzione tra illegittimità sostanziale delle intercettazioni (causata dall'assenza dei requisiti "classici") ed illegittimità formale, determinata invece da vizi nei provvedimenti autorizzativi o da irregolarità di altra natura nelle operazioni. In ogni caso, tuttavia, questa distinzione non coinvolgeva l'aspetto della sanzione processuale: in entrambe le circostanze ricorreva l'inutilizzabilità. Bisogna rendersi conto, in definitiva, che il vizio di motivazione non è solo un vizio formale dell'atto ma soprattutto un vizio del procedimento probatorio, come chiaramente emerge dalla sanzione che l'art. 271 ricollega all'inosservanza delle disposizioni previste dall'art. 267 c.p.p.: fra esse non può certamente escludersi la prescrizione circa la necessaria motivazione del decreto che autorizzi (o convaldi o proroghi) l'intercettazione. L'intervento delle Sezioni Unite sembra, peraltro, viziato "a monte": la violazione dell'obbligo di motivazione del decreto integra in primo luogo un'ipotesi di nullità dell'atto ai sensi dell'art. 125, comma 3, c.p.p. In particolare, la nullità del decreto autoriz-

37 Si vedano : Sez. V pen., ord. 11 settembre-13 ottobre 2003, n. 38640 e Sez. pen. Un., sent. 26 novembre 2003-19 gennaio 2004, n° 919.

38 V. FILIPPI, *Le intercettazioni*, cit., p. 204 ss; CAMON, *Le intercettazioni*, cit., p. 118.

39 L'art. 271 c.p.p., rubricato per l'appunto "Divieti di utilizzazione", pone al primo comma una preliminare distinzione : i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in due ipotesi:

- a) qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge
- b) qualora non siano state osservate le disposizioni

previste dagli artt. 267 e 268, commi 1 e 3

40 V. Cass. 25 marzo 1991, in *Giur. It.*, 1992, II, 130

41 Sez. Un. 25 marzo 1998, Manno

42 Sullo stesso solco, v. sez. IV, 4 agosto, 2000, Aguneche, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, n. 5, p. 507, ove si afferma che solo la totale assenza della motivazione comporta l'inutilizzabilità ex art. 271 c.p.p., mentre da una motivazione insufficiente, incompleta o incongruente deriverebbe una nullità di ordine generale a "regime intermedio".

zativo per mancanza di motivazione, è considerata da parte della dottrina (ma l'argomento è controverso)<sup>43</sup> una nullità relativa, come tale deducibile sempre ope exceptionis e sanabile ex artt. 182 e 183 c.p.p., essendo esclusa dalla natura del provvedimento la rinnovazione. Ora, la carenza di motivazione costituisce un elemento di inutilizzabilità dell'atto che "contagia" necessariamente gli atti consecutivi da esso dipendenti. Si è obiettato da parte della dottrina che, trattandosi di atto probatorio, l'invalidità dello stesso non sarebbe in grado di estendersi ad altri atti. Ma l'autorizzazione all'intercettazione non può essere valutata come atto a contenuto probatorio, costituendo in realtà il presupposto del procedimento probatorio successivo: è indiscutibile la sua implicazione causale con gli atti conseguenti. Anche ragionando in termini di nullità relativa, le considerazioni non variano: l'art. 185 c.p.p., che disciplina gli effetti della dichiarazione di nullità, dispone che "la nullità di un atto rende inutili gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo". E il comma 4 prevede per le nullità concernenti la prova l'esclusione del solo principio per cui "la dichiarazione di nullità comporta la regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo". Nessun dubbio, quindi, sul "contagi" degli atti consecutivi dipendenti da un atto probatorio nullo.

## I requisiti

### a) gravi indizi di reato

Tale requisito, richiesto dal primo comma dell'art. 267 c.p.p. ha dato luogo a numerose incertezze interpretative, come in tutti i casi di utilizzo da parte del legislatore di formule vaghe, suscettibili delle più svariate "colorazioni". In più di un'occasione<sup>44</sup> la giurisprudenza ha cercato di ancorare la locuzione in esame alla presenza di una "seria e concreta ipotesi criminosa"<sup>45</sup>. In dottrina<sup>46</sup>, tuttavia, si è osservato che un criterio del genere comporterebbe che la "ricerca" di un dato reato attraverso un'intercettazione, provocherebbe la compressione dei diritti costituzionali anche a carico di persone diverse da quelle nei cui confronti la captazione sia stata disposta<sup>47</sup>. Sarebbe, dunque, minata la tutela a favore dei terzi, collegati solo casualmente con gli indiziati<sup>48</sup>. Un autorevole filone dottrinario<sup>49</sup> vorrebbe equiparare tale locuzione a quella cui fa riferimento l'art. 192 c.p.p.<sup>50</sup>. Ma è agevole repli-

43 Sull'argomento, qui solamente accennato, v. Cass. Sez. III, 24 settembre - 17 ottobre 1997, n. 9390, Consani; Cass. Sez. V, 20 maggio - 10 novembre 1997 n. 10046, D'Ambrosio.

44 Cass. Sez. III, 26 giugno 1997, Bormolini, in Arch. n. proc. pen., 1998, n. 2, p. 296; Cass. pen. 10 agosto 2000, n. 4979, Nicchio, in C.E.D. Cass. n. 216747

45 Da Cass. Sez. III, 26 giugno 1997, cit.

46 Vedi BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni*, cit., p. 101 ss.  
47 Cass. Sez. I, 30 settembre 1996, Corona, esclude, peraltro, che i gravi indizi di reato che conducono alla concessione dell'autorizzazione si riferiscano esclusivamente ai soggetti le cui comunicazioni devono essere intercettate. In tal senso v. anche Cass. Sez. VI, 18 giugno 1999, Patricelli; Cass., 10 agosto 2000, n. 4979.

48 Al riguardo v. ILLUMINATI, *Documento dell'associazione fra gli studiosi del processo penale*, in Dir. Pen. Proc., 1997, p. 1018

49 Che fa capo a CAMON, v. *Le intercettazioni*, cit. p. 68 ss.

50 Art. 192, co. 2 c.p.p. "L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi non siano gravi, precisi e concordanti". Chiarisce il significato di tali presupposti Cass. sez. I, 30 gennaio 1991, Bizantino, in Cass. pen. 1992, p. 2795: "gravi sono gli indizi consistenti, cioè resistenti alle obiezioni e, quindi, attendibili e convincenti; precisi sono quelli non generici e non suscettibili di diversa interpretazione altrettanto o più verosimile, perciò non equivoci; concordanti sono quelli che non contrastano tra loro e più ancora con altri dati o elementi certi".



care come le due norme regolino aspetti molto diversi: l'una individua i parametri per la valutazione degli elementi indiziari ai fini di una dichiarazione di responsabilità dell'imputato; l'altra richiede la individuazione di elementi che, allo stato delle cose, facciano ritenere verosimile la commissione di uno dei reati per i quali le intercettazioni sono concesse. Lo stesso orientamento deduceva, poi, dalla pluralità di indizi cui fa riferimento l'art. 192 c.p.p., la necessaria presenza di una pluralità di gravi indizi di reato anche ai fini dell'autorizzazione delle intercettazioni. In realtà, superando il tenore letterale dell'art. 267, comma 1 c.p.p., è chiaro che non sarà necessario un numero elevato di indizi, quanto magari la forza persuasiva, la decisività del solo indizio acquisito. Ma soprattutto non appare corretto porre sullo stesso piano provvedimenti che, essendo relativi a diverse fasi del procedimento penale, hanno un "peso"<sup>51</sup> ben differente, trattandosi in un caso di una sentenza, nell'altro di un mero atto di indagine.

### **b) assoluta indispensabilità (dell'intercettazione) ai fini della prosecuzione delle indagini**

Quanto al requisito sub "b", la lettera della legge induce ad effettuare due considerazioni preliminari: l'intercettazione è un mezzo di ricerca della prova residuale, che non potrebbe essere disposto come primo atto di indagine (l'assoluta indispensabilità ricorre quando non esiste alcuna alternativa) né, ovviamente, per l'acquisizione della *notitia criminis*; l'habitat naturale di operatività del regime delle intercettazioni è quello della fase delle indagini preliminari, anche se in tale ambito sono necessarie alcune precisazioni. La disciplina codicistica, infatti, lascia dei dubbi circa la durata delle indagini preliminari: è vero che l'art. 407 parla di "termini di durata massima delle indagini preliminari", ma che tali termini costituiscano solo il limite ad quem per la scelta del pubblico ministero tra l'esercizio dell'azione penale o la richiesta di archiviazione, e non, invece, il limite per lo svolgimento di indagini è dimostrabile col riferimento all'art. 419 c.p.p. (che consente al p.m. di espletare indagini dopo la richiesta di rinvio a giudizio) e all'art. 430 c.p.p. (che consente le indagini anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio). Si parla, per distinguere queste due attività di indagine ulteriori, di attività "suppletiva" nel primo caso, di attività "integrativa" nel secondo. Questo il quadro generale; attenendoci più strettamente alle intercettazioni, invece, emerge chiaramente dalla disciplina delle stesse che il legislatore ha voluto collocare questo mezzo di ricerca della prova esclusivamente nella fase delle indagini preliminari che si esaurisce con l'esercizio dell'azione penale o la richiesta di archiviazione. Nello stesso solco si colloca il comma 5 dell'art. 268 c.p.p. che, prevedendo la possibilità per il giudice di autorizzare il p.m. a ritardare il deposito dei verbali e delle registrazioni delle intercettazioni (da effettuare, in base al quarto comma, entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni) quando da esso può derivare grave pregiudizio per le indagini, pone la chiusura delle indagini preliminari come termine ultimo per il deposito stesso. Successivamente

<sup>51</sup> Espressione utilizzata da CAMON, *Le intercettazioni*, cit., p. 71; stesso concetto ripreso da FILIPPI, *Le intercettazioni*, cit., p. 72, nonché da copiosa giurisprudenza: su tutte, Cass. sez. V, 1 dicembre 1994, Evoli; Cass. sez. II, 6 settembre 1994, Raggio.

a questo momento, si potranno compiere solo le operazioni di acquisizione, stralcio e trascrizione nelle ipotesi in cui il deposito sia stato tardivo, ma di tali operazioni si occuperà, ormai, il giudice dell'udienza preliminare. Per attribuire alla locuzione "assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini" un significato più pregnante, la dottrina è ormai orientata a correlarla non all'intercettazione genericamente considerata, ma allo specifico genere captativo prescelto (o necessario): in altre parole, gli elementi probatori non potrebbero essere ottenuti altrimenti. Quanto alla valutazione che induce il p.m. a ritenere l'intercettazione assolutamente indispensabile, bisogna sottrarsi alle teorie in virtù delle quali p.m. e giudice dovrebbero realizzare una "prognosi" sul possibile esito positivo dell'operazione. Al di là della considerazione, preliminare, che il codice non richiede nulla di tutto ciò, è agevole immaginare le difficoltà che il g.i.p. incontrerebbe in punto di motivazione: quanti potrebbero essere gli elementi che darebbero sicurezza estrema quanto all'esito delle intercettazioni? Ne deriverebbe grave pregiudizio per le esigenze di giustizia e celerità della stessa. Aspetto ulteriore e molto interessante, qui non trattabile diffusamente, è rappresentato dalla correlata tematica concernente, quanto ai presupposti sulla cui base il p.m. richiede al g.i.p. il decreto di autorizzazione, l'obbligo di prova gravante sull'"organo dell'accusa". Si discute, cioè, se questi debba inoltrare il fascicolo nella sua interezza o se possa limitarsi ai soli documenti che ritiene utili per l'adozione del provvedimento. Fa scalpore come in materia di misure cautelari la questione sia regolamentata nel codice di procedura penale<sup>52</sup>, mentre in materia di intercettazioni tutto taccia. Ciò consente di ritenere che laddove il legislatore ha voluto che il pubblico ministero avesse la facoltà di inviare al g.i.p. solo gli atti che ritenesse utili, lo ha detto espressamente, deducendosene, al contrario, che laddove ha taciuto, ha voluto intendere che dovesse essere inviato l'intero fascicolo. Ma è la ratio stessa che differenzia a monte misure cautelari ed intercettazioni: nelle seconde, diversamente dalle prime, all'autorizzazione non segue alcuna discovery da parte del p.m.: ne deriva che questi non avrebbe alcuna ragione di scegliere quali atti sottoporre al g.i.p..

### **Utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti**

Si è detto fin qui delle garanzie predisposte (o ancora da approntare) dal legislatore per la tutela delle libertà costituzionali "minacciate" dalle intercettazioni. Si comprende facilmente, dunque, come le necessità già evidenziate trovino una decisiva accentuazione se le intercettazioni siano utilizzate in un procedimento diverso da quello per il quale erano state originariamente disposte. In particolare, la delicatezza della tematica si riscontra in punto di garanzia del previo atto motivato del-

---

52 Art. 291, co. 1: "Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutto gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate". In senso contrario, v. però Cass. 7 ottobre 1998, Bruno; Cass. 18 febbraio

1998, Romeo; Cass. 21 ottobre 1996, Moccia, in cui si esclude che il p.m. abbia l'obbligo di porre a disposizione, prima del g.i.p. e poi del tribunale del riesame, tutti gli atti di indagine compiuti o, comunque, atti nella loro integralità.



l'autorità giudiziaria, essendo state disposte intercettazioni in presenza, eventualmente, di presupposti diversi<sup>53</sup>. Trattasi di ipotesi eccezionali<sup>54</sup>, disciplinate dall'art. 270 c.p.p.<sup>55</sup>. Disponendo preliminarmente un divieto generale in tal senso<sup>56</sup>, la norma in esame prevede, tuttavia, una deroga<sup>57</sup>: essi possono essere utilizzati anche in altro procedimento purché risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza.

Tre gli interrogativi principali cui dottrina e giurisprudenza cercano da tempo di dare una risposta :

- a) cosa si intende per “ indispensabilità ” ai fini dell'accertamento del reato;
- b) quali sono i connotati di un procedimento che ne determinano la qualifica di “altro” rispetto a quello nel quale le intercettazioni sono state disposte;
- c) cosa si intende per procedimento.

Per apprendere incisivamente l'argomento, è opportuno tracciare un quadro storico dell'istituto. In primo luogo il vigente art. 270 c.p.p. costituisce senz'altro un passo avanti rispetto alla norma omologa del previgente codice: il codice Rocco dedicava un solo, scarno, comma alla materia<sup>58</sup>. L'art. 270 dell'attuale codice di procedura penale è interamente dedicato all'aspetto, ribadendo nel primo comma il concetto già sviluppato nel codice abrogato, estendendo nel primo capoverso le garanzie proprie dell'intercettazione principale alla stessa, come utilizzata nel diverso procedimento, ed infine prevedendo la facoltà per p.m. e difensori di esaminare i verbali e le registrazioni depositate nel procedimento in cui erano state autorizzate le intercettazioni. All'introduzione di tale norma i giudizi non furono estremamente positivi. In primo luogo (è il problema qui sollevato quesito sub a) si criticava la labilità del presupposto indicato per selezionare le intercettazioni utilizzabili, “l'indispensabilità”, che rende molto complicata l'individuazione di una prova che nella dinamica processuale possa essere con certezza ritenuta superflua e quindi non indispensabile. Per non tacere, poi, dei dubbi di legittimità costituzionale che l'impiego di questa locuzione solleva, per contrarietà alla direttiva della delega parlamentare che, nell'art. 41, lettera “a”, imponeva in modo inequivocabi-

53 Sul rischio di un mancato controllo giurisdizionale della sussistenza dei presupposti, v. FILIPPI, *Le intercettazioni*, cit., p. 182. Analogamente, CAMON, *Le intercettazioni*, cit., p. 272 ss.

54 La connotazione dell'eccezionalità è stata messa in luce dalla Corte Costituzionale, con sent. 24 febbraio 1994, n. 63: “ La deroga eccezionalmente prevista al divieto stabilito dall'art. 270 comma 1 c.p.p. si mantiene entro i precisi confini della stretta necessità della stessa rispetto al soddisfacimento concreto dell'interesse primario che la giustifica.

55 Si tratta dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 380 c.p.p.).

56 Art. 270, primo comma, c.p.p.: “I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti..”

57 Corte Cost. 24 febbraio 1994, n. 63 ne ha spiegato la ratio: “Una trasformazione dell'ordinamento normativo tale da permettere la piena utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni telefoniche nell'ambito di processi diversi da quello per il quale le stesse sono state legalmente autorizzate, sarebbe contrastante con le garanzie poste dall'art. 15 Cost.”

58 Il numero 6 dell'art. 226 quater, rubricato “esecuzione delle operazioni di impedimento, interruzione o intercettazione di comunicazioni o conversazioni” che recitava: “le notizie contenute nelle predette registrazioni e nei predetti verbali possono essere utilizzate quali prove in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state raccolte, se si riferiscono a reati per i quali il mandato di cattura è obbligatorio anche per taluno soltanto degli imputati”.

le, soltanto la “predeterminazione dei reati per i quali ... sono utilizzabili le intercettazioni effettuate in un diverso procedimento”, non lasciando al legislatore delegato la facoltà di introdurre alcuna limitazione ulteriore<sup>59</sup>. Riprendendo le fila dell'exkursus storico è rilevante sottolineare come il divieto assoluto (fino al codice del 1987) di utilizzare le intercettazioni in diversi procedimenti si fosse affermato più che altro per il recepimento che il legislatore del 1974 fece, fraintendendone l'effettiva finalità, della presa di posizione assunta nel 1973 dalla Corte Costituzionale. Nella dizione originaria, il codice Rocco recava una disciplina generica ed indeterminata, con cui si lasciavano tali e tanti poteri a polizia giudiziaria e magistrati, da ritenere assente qualsiasi vincolo all'utilizzazione delle intercettazioni. L'entrata in vigore nel 1948 della Costituzione (con la doppia riserva di cui all'art. 15) è la premessa della legge 18/06/1955, n. 517 che introduce il necessario decreto motivato con cui l'autorità giudiziaria autorizza l'esecuzione delle intercettazioni da parte della polizia giudiziaria, senza porre ancora, tuttavia, alcuna condizione esplicita all'attività probatoria. Nella sentenza più volte richiamata<sup>60</sup>, si affermò il principio in base al quale “nel processo può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute”. Ma le intenzioni della Corte (tutelare la privacy dell'imputato e di terzi) furono lette, invece, come costituzionalizzazione del principio per cui le intercettazioni possono essere usate solo nel procedimento in cui erano state autorizzate. E, come anticipato, la legge 08/04/1974 n. 98 si adeguò, travisando l'orientamento della Corte Costituzionale. In questo modo si passò dalla completa assenza di limiti a un divieto assoluto!

Quanto al riferimento al “procedimento” esso opera sicuramente per il procedimento nella sua interezza, cioè comprendendo sia le indagini preliminari che la fase strettamente processuale<sup>61</sup>. L'espressione procedimento, infatti, indica tradizionalmente l'intero iter che prende avvio dall'iscrizione della notizia criminis. A ciò si aggiunga che la sanzione prevista dal codice di procedura penale per la violazione di tale divieto, l'inutilizzabilità, può, ai sensi dell'art. 191 c.p.p., farsi valere in ogni stato e grado del procedimento.

Su cosa debba intendersi per procedimenti diversi ci sono oggi tre tesi a contendersi il campo.

Per la prima<sup>62</sup> di esse la distinzione si fonderebbe su di un mero dato estrinseco e formale: in parole povere, allorché per un determinato fatto si procede all'apertura di un diverso, autonomo, fascicolo, si avrebbe anche un procedimento diverso.

La seconda ipotesi<sup>63</sup> è quella di considerare come intercambiabili, ai fini dell'interpretazione di questa norma, i concetti di reato e di procedimento. La conse-

59 Si riproponeva, inoltre, l'endiadi “procedimenti diversi” che tante “discussioni ermeneutiche” aveva generato.

60 Sent. 34/1973, cit.

61 V. Cass. sez. V, 9 giugno 1995, Cucciniello, in Arch. n. proc. pen., 1995, p. 1029

62 BRUNO, Intercettazioni, cit., critica questo approccio in

quanto la “diversità del procedimento” si legherebbe ad un dato casuale: che si proceda, per uno o più reati, separatamente o meno.

63 Questa teoria era predominante all'epoca del codice Rocco. Sulla stessa scia, Cass., sez. III, 3 luglio 1991, Cerra in Giur. It., 1992

guenza sarebbe l'apertura di un nuovo (e quindi diverso) procedimento in ogni caso in cui venga scoperto un delitto ulteriore rispetto a quello "agognato" dal p.m.<sup>64</sup>.

L'ultima e più credibile teoria<sup>65</sup>, afferma che non può esserci diversità del procedimento riferita al "fatto-reato" in relazione al quale il p.m. e la polizia giudiziaria svolgono le indagini per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale; non può considerarsi diversa la procedura quando gli "ulteriori delitti" siano connessi oggettivamente o finalisticamente ovvero probatoriamente collegati a quello originariamente "cercato"<sup>66</sup>.

### Considerazioni conclusive e prospettive di riforma

Per concludere la rapida disamina del complesso tema delle intercettazioni in cui ci si è soffermati sui principali aspetti problematici della materia, è opportuno riassumere i punti che necessitano di riforma, a parere della dottrina e degli organi deputati<sup>67</sup> alla modifica della suddetta disciplina, alla luce dei recenti eventi, cui si è fatto riferimento in premessa.

Schematicamente, i punti salienti di un'eventuale riforma, possono così individuarsi:

**a)** restringimento dei casi per cui l'intercettazione è consentita, eliminando ad esempio alcuni delitti contro la pubblica amministrazione per i quali questo mezzo di ricerca della prova è sproporzionato in relazione alla sua invasività o appare addirittura inutile.

**b)** quanto ai presupposti per la concessione dell'autorizzazione, introduzione di criteri più analitici di quelli attuali, tali da escludere, per quanto possibile, un'eccessiva dilatazione dell'utilizzo delle intercettazioni

**c)** delimitazione soggettiva dei "destinatari"<sup>68</sup> più circoscritta, tale da evitare l'acquisizione casuale di notizie utili su soggetti non indagati (con le c.d. intercetta-

64 Critici su tale teoria FILIPPI, *Le intercettazioni*, cit.; CAMON, *Le intercettazioni*, cit.

65 Trattasi, infatti, della tesi prevalente in giurisprudenza. V., fra le svariate sentenze in quest'ottica, Cass. sez. VI, 16 ottobre 1995, Pulvirenti, in Cass. pen., 1997, p. 1436; Cass. sez. VI, 11 marzo 1999, Venturini, in Arch. n. proc. pen., 1999, n. 279; Cass. sez. I, 11 dicembre 1998, Tomasello, in Cass. pen. 2000, p. 2041; Cass. sez. V, 31 maggio 2002, Argenta, in Guida al dir., 2002, n. 30, p. 80.

66 In senso contrario, invece, Cass., sez. III, 3 luglio 1991, Cerra, cit.: "Non è consentita detta utilizzazione neppure quando i due procedimenti siano strettamente connessi sotto il profilo oggettivo e probatorio".

67 Il 19 settembre 2005, il Consiglio dei ministri ha approvato un disegno di legge che disciplina la materia delle intercettazioni relative a conversazioni e comunicazioni telefoniche e che si propone di rendere più rigoroso il divieto di pubblicazione dei relativi atti, inasprandone le conseguenti sanzioni. L'obiettivo programmatico dichiarato è quello di un generale rafforzamento delle garanzie di imparzialità e trasparenza dello strumento investigativo de quo,

attuando i principi del giusto processo, sancito dall'articolo 111 della Costituzione, anche nella fase delle indagini preliminari.

Il provvedimento introdurrebbe nel codice di procedura penale norme per assicurare la tutela della riservatezza dei cittadini indagati, in particolare di quelli estranei alla fattispecie di reato, e mira a consolidare la normativa posta a tutela del divieto di pubblicazione di atti o di documenti relativi alle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, con l'introduzione di ulteriori misure preventive e sanzionatorie, elevando il livello di garanzia delle libertà costituzionale ma perseguendo, al contempo, le consuete esigenze di prevenzione e repressione dei reati più gravi.

68 Tralasciando, in tale sede, lo spinoso tema delle intercettazioni a carico di parlamentari. Oggi l'immunità per i membri di Senato e Camera è disciplinata dalla legge n°140/2003, intitolata "Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione, nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato" che regola la materia. In particolare l'art. 6 comma 2 della legge in esame ha destato perplessità o, quanto meno, letture alternative.

zioni indirette) o addirittura tutelati dal divieto. Predisposizione in tal senso di mezzi tecnologici che consentano la selezione del materiale interessante e l'immediata distruzione di quello non inerente il procedimento.

**d)** predisposizione di mezzi di tutela dei terzi coinvolti in "intercettazioni altrui", in particolare in merito alla divulgazione delle notizie circa la sussistenza ed i contenuti delle stesse

**e)** fissazione di un limite concreto di durata delle intercettazioni – durata che deve essere contenuta in termini ragionevoli - , con affidamento del relativo potere decisionale al giudice, in luogo di un p.m. che ne detiene il controllo per periodi astrattamente indefiniti

**f)** drastica limitazione dei casi di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti

**g)** introduzione di una forma di impugnativa, allo stato inesistente, del decreto che dispone l'autorizzazione (c'è anche chi, all'uopo, ritiene che la forma che dovrebbe rivestire il provvedimento del g.i.p. sia quella dell'ordinanza<sup>69</sup>).

Prospettive di riforma assolutamente necessarie che risulteranno, tuttavia, superflue, se, a parere di chi scrive, non muterà il rigore giuridico ed ancor prima morale, lo spirito costituzionale, al quale gli operatori del diritto sono tenuti a conformarsi laddove siano in gioco fondamentali libertà dei cittadini.

---

continua nota 68 Esso dispone che "Qualora, su istanza di una parte processuale, sentite le altre parti nei termini e nei modi di cui all'art. 268, comma 6 del codice di procedura penale, ritenga necessario utilizzare le intercettazioni o i tabulati di cui al comma 1, il giudice per le indagini preliminari decide con ordinanza e

richiede, entro i dieci giorni successivi, l'autorizzazione della Camera alla quale il membro del Parlamento appartiene o apparteneva al momento in cui le conversazioni sono state intercettate".

69 V. FILIPPI, Le intercettazioni , passim.

Avv.  
A. LUBERTI

# La sentenza costituzionale 204 del 2004 tra vie di fatto e diritti intangibili: parallelismi e differenze con il sistema francese di riparto della giurisdizione.

**I**l presente contributo mira ad evidenziare analogie e differenze tra i principi in tema di riparto di giurisdizione concernenti le apprensioni materiali di beni da parte della pubblica amministrazione nel nostro ordinamento (soprattutto, come si osserverà, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale nella sentenza 204 del 2004)<sup>1</sup> e i criteri elaborati dalla giurisprudenza francese sulla medesima questione. Non si tratta, peraltro, di un contributo di diritto amministrativo comparato, posto che gli studi di diritto comparato, in ambito amministrativistico<sup>2</sup>, hanno rilevanza indubbiamente minore che nelle discipline privatistiche e che, del resto, si tratterebbe di tematica di scarso interesse per le finalità della rivista in cui queste osservazioni sono pubblicate.

Si tratta, piuttosto, di analizzare le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza francese proprio al fine di valutarne la possibile trasposizione nei criteri di riparto discretivi a seguito della riformulazione della nozione di giurisdizione esclusiva introdotta dalla Corte Costituzionale<sup>3</sup>.

Tale proposito, apparentemente inconciliabile con il carattere prettamente nazionale della giurisdizione amministrativa, appare meno peregrino qualora si tengano in considerazione le conclusioni che, già al momento, si possono anticipare: i criteri di riparto elaborati dalla giurisprudenza transalpina appaiono utilizzabili per chiarire, a livello applicativo, le indicazioni cogenti della Consulta sul discrimine tra controversie suscettibili di essere ricomprese nella giurisdizione, quantomeno esclusiva, del giudice amministrativo e quelle che, invece, per la loro attinenza a situazioni in cui non è ravvisabile una rilevanza pubblicistica, ne sono

1 Sulla sentenza in esame cfr ex plurimis ANGELETTI, *A proposito della sentenza della Corte Costituzionale sulla giurisdizione esclusiva*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 1018; FLORIS, *La tutela possessoria nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Consiglio di Stato*, 2004, II, p. 1479; FORLENZA, *Con le restrizioni sui diritti soggettivi addio al criterio dei "blocchi di materie"*, in *Guida al diritto*, 29/2004, p. 88; CLARICH, *Una soluzione equilibrata sulla giurisdizione che non ingessa il sistema e preserva le riforme*, ibidem; POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non esclusiva*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 969;

TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d. lgs 31 marzo 1998, n. 80 dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro Italiano*, 2004, I, c. 2593.

2 Cfr sul punto D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992.

3 Una trattazione esaustiva di tutta la problematica è contenuta nell'interessante ed approfondito volume (a cura di) ANGELETTI, *La Corte Costituzionale e la giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005.

inderogabilmente sottratte (perché il potere pubblico si è manifestato con modalità del tutto abnormi, ovvero per la circostanza che esso tocca posizioni soggettive di per sé non suscettibili di essere incise da parte dei pubblici poteri).

Inoltre, gli stessi principi sono, comunque, espressivi di una realtà giuridica che, storicamente, ha contribuito a delineare il nostro sistema di giustizia amministrativa e si muove nel medesimo contesto comunitario con cui lo stesso deve confrontarsi.

Si deve, in effetti, rilevare che, nell'ordinamento francese, la devoluzione al giudice amministrativo prescinde, così come accade nella giurisdizione esclusiva, dalla presenza di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo: ne deriva che i giudici d'oltralpe hanno dovuto compiere, di fatto, un'operazione ermeneutica assimilabile a quella compiuta dalla Corte Costituzionale.

L'intervento della Consulta in questione ha avuto, indubbiamente, una portata del tutto rivoluzionaria, in quanto ha, per la prima volta, fornito una nozione costituzionalmente orientata di "giurisdizione esclusiva"<sup>4</sup>.

Fin dalla approvazione del Dlgs 80 del 1998 la dottrina<sup>5</sup> aveva sollevato, se non dubbi di vera e propria legittimità costituzionale, perplessità sulla attribuzione alla giurisdizione dei Tribunali Amministrativi Regionali di una serie di materie (urbanistica e pubblici servizi) in cui non era dato riscontrare né l'aspetto *oggettivo* (controversia inerente ad atti autoritativi), né quello *soggettivo* (controversia instaurata avverso Pubblica Amministrazione o di soggetto equiparato alla stessa dal punto di vista della disciplina sostanziale), necessari per giustificare l'attribuzione delle citate controversie al giudice amministrativo, difettando quasi del tutto l'inerenza all'esercizio di attività di diritto pubblico.

Il problema deriva dall'interpretazione del combinato disposto degli artt. 102, comma 1, e 103 della Costituzione. Per il primo "la *funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*".

Per il secondo, invece, i giudici amministrativi "*hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione degli interessi legittimi e, in*

4 Sulla tematica della giurisdizione esclusiva introdotta dal Dlgs 80/1998 cfr. in generale APICELLA, *Giurisdizione esclusiva su concessioni di beni pubblici e risarcimento del danno tra orientamenti giurisprudenziali e innovazioni del d.leg.31 marzo 1998, n.80*, in *Foro Amministrativo*, 1999, p. 2664; AVANZINI, *Commento all' art. 34 d.leg.n.80 del 1998, in Nuove leggi civili*, 1998, p.217; BAZZANI, *L'espropriazione in bilico tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 255; DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2000, p. 696; DE MARZO, *Occupazione "sine titolo" e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo il d.leg.80/98*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 958; FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in *Foro Italiano*, 2000, III,

c. 368; GIOIA, *Pubblici Servizi e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: controversie tra farmacisti e aziende sanitarie locali*, in *Danno e responsabilità*, 2000, p. 449; LIPARI, *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Corriere Giuridico*, 1998, p. 592; SALVAGO, *Occupazione acquisitiva e giurisdizione in seguito al d. leg. 80/98*, in *Corriere Giuridico*, 1999, p. 1281; TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro Italiano*, 2001, V, c.68; VOLPE, *L'ampliamento del concetto di pubblico servizio porta le Asl davanti al giudice amministrativo*, in *Guida al diritto*, 15/2000, p. 118.

5 TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro Italiano*, 2000, I, c. 2399.

*particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”.*

La norma costituzionale, con buona approssimazione, può essere definita disposizione recettiva del riparto di giurisdizione frutto del “concordato giurisprudenziale”, basato sul criterio della *causa petendi*, ma che, nello stesso tempo, non ignora le disposizioni di legge<sup>6</sup> che, già prima della entrata in vigore della Costituzione, avevano attribuito alla giurisdizione del Consiglio di Stato la cognizione di controversie in materie specificamente indicate dalla legge. Primo tra tutte, il contenzioso sul pubblico impiego, contraddistinto da una natura composita, in quanto partecipa, da un lato, della pariteticità del rapporto e della presenza, per tale ragione, di veri e propri diritti soggettivi; dall’altro, della sussistenza di un interesse pubblico alla disciplina del rapporto nonché della presenza, mediata, di atti sostanzialmente amministrativi (regolamenti, atti generali inerenti i ruoli e le dotazioni organiche, etc.) e pubblicistici<sup>7</sup>.

In altri casi, poi, la giustificazione della attribuzione al giudice amministrativo della cognizione su diritti soggettivi può essere data dalla necessità che il Tribunale Amministrativo Regionale decida su questioni pregiudiziali (in via incidentale) o consequenziali alla questione di legittimità di un atto amministrativo (con l’esclusione delle questioni concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e dell’incidente di falso)<sup>8</sup>.

Controversa è, quindi, la possibilità di attribuire al giudice amministrativo materie in cui difetti il requisito della pertinenza ad attività provvedimentale, o ad attività paritetica ma posta in essere da parte di Pubbliche Amministrazioni.

Si è, quindi, osservato<sup>9</sup> che, in molti casi “...la ragione della giurisdizione esclusiva è stata costituita infatti solo dalla volontà di assegnare la controversia ad un giudice che avesse maggiore esperienza delle regole e delle modalità specifiche dell’azione amministrativa”.

Del resto, va ricordato che l’occasione, se non addirittura la causa, della devoluzione al giudice amministrativo dell’insieme di materie previsto dalla l. 205 del 2000 deve essere ricercato, più che in una vera e propria volontà di sostituzione del sistema di riparto di giurisdizione basato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi con quello “per blocchi di materie”, nella attribuzione al giudice ordinario del ponderoso carico di lavoro costituito dalle controversie di pubblico impiego.

6 Sulla giurisdizione esclusiva nel periodo precostituzionale Cfr. BOZZI, La competenza esclusiva del Consiglio di Stato e il rapporto di pubblico impiego, in Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario, vol. III, Roma, 1932, p.125; CAMMEO, Osservazioni in tema di competenza esclusiva del Consiglio di Stato in materia di pubblico impiego, in Giurisprudenza Italiana, 1928, III, p.1; RANELLETTI, L’impugnativa di un atto amministrativo nella competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa, in Rivista di diritto Pubblico, 1931, I, p. 450 ss.

7 Ad esempio, con l’eccezione della materia del Pubblico Impiego (oggi attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario, con l’eccezione dei rapporti non contrattualizzati),

e di alcune materie minori indicate dal TU 26 giugno 1924, n.1058, nonché di altre attribuite anche alla giurisdizione di merito, sono state attratte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fino alla l.205 del 2000: le controversie in tema di concessioni di beni pubblici; di accordi pubblici e diritto di accesso ( l. 241 /1990); i ricorsi avverso gli atti delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (legge 481/1995); i ricorsi contro il rilascio o il diniego di autorizzazioni per il commercio ( art.32, l.426 del 1971).

8 TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IV ed., Torino, 2000, p. 175.

9 Id, p.183.



Si è anche osservato<sup>10</sup> che, con riferimento alle controversie in tema di pubblici servizi, una attribuzione generalizzata, sia pure accompagnata da una elencazione esemplificativa delle controversie attribuite, rischia di pregiudicarne persino il vantaggio, costituito quantomeno da una maggiore certezza del diritto, che pure deve essere riconosciuto ai citati, innovativi criteri attributivi della giurisdizione.

Sotto altro punto di vista si sostiene<sup>11</sup>, però, che a seguito della riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi, il criterio della distinzione, ai fini del radicamento della giurisdizione dell'uno o dell'altro giudice, tra diritti ed interessi, dovrebbe reputarsi, se non superato, quantomeno non pregiudiziale alla adozione di un sistema "per blocchi di materie". Lo stesso sarebbe più rispondente, tra l'altro, all'ordinamento comunitario che non conosce la differenziazione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. Esisterebbe, ormai, un principio di generale giustiziabilità della situazione lesa di fronte alla quale, avrebbe, poi, carattere secondario l'attribuzione a questo o a quel giudice<sup>12</sup>. Del resto, la stessa attribuzione al giudice amministrativo della risarcibilità dell'interesse legittimo dei c.d.d. "diritti patrimoniali consequenziali", di cui non si è mai discussa la legittimità costituzionale, dovrebbe essere qualificata quale ipotesi particolarmente estesa e generalizzata di giurisdizione esclusiva, posto che il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo dovrebbe essere, più correttamente, interpretato come reintegrazione per equivalente di diritto soggettivo leso (ma non degradato) dalla azione amministrativa<sup>13</sup>.

In questo senso, quindi, l'effettività sostanziale della tutela fornita al privato dovrebbe essere analizzata dal punto di vista sostanziale, più che dal rispetto delle garanzie formali per la configurazione della giurisdizione esclusiva quali previste dalla Costituzione<sup>14</sup>.

Tale orientamento appariva confortato dall'autorevole adesione del Consiglio di Stato. Secondo, infatti, la giurisprudenza del supremo consesso di giustizia amministrativa<sup>15</sup>, l'art. 103 assumerebbe, per un verso, la funzione di

---

10 Id., p.187: tale attribuzione "sembra superare il criterio della materia, perché i pubblici servizi non identificano una materia (ossia un ambito specifico, caratterizzato da un' omogeneità di disciplina di interessi coinvolti, ma corrispondono a un settore generale di attività dell'Amministrazione".

11 GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Padova, 2001, p. 1516: "i termini della questione si diluiscono nell'alternativa tra l'assicurare una tutela risarcitoria effettiva, rapida ed efficace all'interesse legittimo, rispondente ai dettami del principio costituzionale di pienezza ed effettività e a quelli imposti dai principi comunitari, ovvero il mantenersi fedeli ad un sistema diarchico, di certo più aderente all'impianto costituzionale e al carattere speciale della giurisdizione esclusiva, ma, al contempo, più defatigatorio e penalizzante sul piano della tutela e più pregiudizievole all'unità del sistema per

il rischio di contraddittorietà di giudicati".

12 Id., p. 1518: "...se, quindi, in principio era il diritto o l'interesse da tutelare, ora è il danno ingiusto da risarcire, indipendentemente dal diritto o dall'interesse leso".

13 ROMANO "Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?" (commento a SSUU 500/99) in *Foro Italiano*, 1999, I, c.3221.

14 Id., p.1517:"...ne consegue che anche la perdita del sindacato della Suprema Corte sulle violazioni di legge eventualmente afferenti alle decisioni amministrative è un costo che rimane assorbito nel più elevato, celere e completo livello di tutela accordato dalla giurisdizione esclusiva".

15 Ad. Plen., ordinanza 1/2000, in *Foro Italiano*, 2000, III, c. 365.



riservare alla cognizione del giudice amministrativo il giudizio sugli interessi legittimi; per l'altro, di richiedere la presenza di una esplicita norma di legge al fine di attribuire allo stesso anche questioni inerenti diritti soggettivi.

La Corte Costituzionale, come si vedrà, sembra, invece, adottare una diversa chiave di lettura dell'art. 103 Cost., che ammette la giurisdizione esclusiva ma solo con riguardo a materie "particolari" che, di fatto, presentino dei requisiti di "specialità" rispetto all'insieme delle controversie attinenti diritti soggettivi, di cui il giudice "naturale" dovrebbe pur sempre ritenersi il giudice ordinario: non solo per le caratteristiche di maggiore indipendenza rispetto al proprio omologo amministrativo, ma altresì per la possibilità di assicurare, mediante l'intervento in funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, quella garanzia di uniforme applicazione del diritto obiettivo che potrebbe essere sacrificato solo quale "corrispettivo" della maggiore giustiziabilità degli interessi legittimi assicurata dalla possibilità di agire, oltre che per conseguire il risarcimento del danno, in via diretta sul provvedimento impugnato.

Del resto, se le osservazioni sopra riportate colgono indubbiamente nel segno, quando si puntualizza che la risarcibilità dell'interesse legittimo e l'attribuzione ad unico plesso giurisdizionale delle controversie intercorrenti tra privati e Pubblica Amministrazione determina un forte incremento della tutela riconosciuta a questi ultimi, non è dimostrato che analogo, benefico effetto debba essere riconosciuto anche con riferimento alle controversie che intercorrano tra privati (gestori di pubblici servizi ed utenti) per attività non provvedimentali, originariamente, quindi, attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario.

Le suddette osservazioni sono state puntualmente accolte e sviluppate dalla Corte Costituzionale che, con sentenza 204 del 5-6 luglio 2004 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59), come sostituito dall'art. 7, lettera a, della legge 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa), nella parte in cui prevede la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *"tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla Pubblica Amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore"* nonché dell'art. 33, comma 2, del medesimo decreto legislativo come sostituito dall'art. 7, lettera a) della legge 21 luglio 2000, n. 205, e dell'art. 34, comma 1, del medesimo decreto, come sostituito dalla citata legge 205 del 2000, nella parte in

cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto “*gli atti, i provvedimenti e i comportamenti*” anziché “*gli atti e i provvedimenti*” delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia.

La Corte ha, in sostanza, stigmatizzato l’abbandono, da parte del legislatore, della attribuzione al giudice amministrativo di controversie “*caratterizzate dall’intreccio di posizioni giuridiche riconducibili tanto al diritto soggettivo quanto all’interesse legittimo*”, in violazione del disegno costituzionale di riparto della giurisdizione, finalizzato al recepimento della Legge Abolitrice del contenzioso amministrativo ed al concordato giurisprudenziale attinente la sua applicazione.

Nell’ambito di un quadro normativo nel quale al giudice amministrativo va pur sempre riconosciuta la qualifica di organo giurisdizionale (“*riconoscimento per il quale milita (...) a la circostanza che l’art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi (...) le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere in giudizio ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare*”), si deve ritenere che l’attribuzione al giudice amministrativo di materie inerenti diritti soggettivi non possa essere interpretato quale potere assoluto o incondizionato: “*Il legislatore ordinario ben può ampliare l’area della giurisdizione esclusiva, purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari), che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione- autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (...) e, dall’altro, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo*”.

La Corte ha, di conseguenza, operato una delimitazione delle controversie in materia di “*servizi pubblici*” agli atti autoritativi o consensuali delle amministrazioni esercenti pubblici servizi, nonché a quelli emanati in sede di affidamento del servizio, o di vigilanza o controllo sullo svolgimento dello stesso.

Con riguardo, invece, ai comportamenti materiali in materia di urbanistica e di edilizia, la Corte ha precisato che nei “*comportamenti*” in esame non è neanche dato riscontrare la presenza e l’esercizio di un pubblico potere, con la conseguente impossibilità di far discendere dal mero dato formale della attinenza del comportamento suddetto all’edilizia o all’urbanistica il radicarsi della giurisdizione amministrativa.

Le conseguenze di tale pronuncia appaiono, fin d’ora, particolarmente rilevanti, se si considera che l’esclusione dalla giurisdizione esclusiva dei meri “*comportamenti*” determina, altresì, il ritorno al giudice ordinario delle azioni possessorie proposte nei confronti della Pubblica Amministrazione, nonché delle azioni finalizzate al conseguimento del risarcimento del danno nelle ipotesi di occupa-

zione appropriativa o usurpativa<sup>16</sup>.

La sentenza in esame determina, soprattutto, la necessità di delimitare in modo maggiormente rigoroso i comportamenti che si possano ritenere attratti alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Con riferimento alla nozione di “comportamenti”, oggetto della pronuncia, deve essere rilevato che tale termine può, nel diritto amministrativo, essere utilizzato in una pluralità di accezioni.

Il problema investe, in sostanza, la tematica dei comportamenti concludenti della Pubblica Amministrazione e, più in generale, quello degli atti di carattere negoziale non dichiarativi, elaborazione già compiuta soprattutto dalla dottrina civilistica che se ne è occupata nel più ampio contesto della teoria negoziale relativa alle manifestazioni di volontà.

Ricorre, infatti, l'ipotesi di comportamento concludente allorché, al di fuori di ipotesi previste dalla legge, l'Amministrazione esterne l'atto in modo non esplicito.

Si rientra, in sostanza, nel più ampio fenomeno denominabile quale “dichiarazione tacita”, fenomeno che ha formato oggetto di particolare attenzione soprattutto da parte della dottrina civilistica<sup>17</sup>.

La ammissibilità di dichiarazioni tacite e di comportamenti concludenti da parte della Pubblica Amministrazione è, comunque, radicalmente negata da chi sostiene che nel procedimento amministrativo non possa in nessun modo configurarsi una vera e propria “volontà” nel senso che ad essa possa darsi a proposito dei privati, non rappresentando null'altro che un'astrazione, che si risolve semplicemente nell'osservanza delle forme procedurali prescritte dalla norma.

In sostanza, l'accoglimento della nozione di comportamento concludente nel diritto amministrativo potrebbe discendere da quella teoria negoziale che, in passato, aveva ritenuto di applicare al provvedimento amministrativo lo stesso regime di invalidità comminato dalla disciplina civilistica (mancanza di oggetto, soggetto, volontà, contenuto e forma), in netto contrasto con il principio di funzionalizzazione della attività amministrativa, che esigerebbe, invece, ai fini della stessa configurabilità dell'atto una rigida corrispondenza alle forme procedurali disposte dalla legge.

Tuttavia, una importantissima, seppure non recente, sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>18</sup> riconobbe l'ammissibilità, quantomeno ai fini del riparto di giurisdizione, di tale nozione osservando che “*il carattere pubblico*

16 FORLENZA, cit..

17 Non deve, peraltro, esservi confusione tra la dichiarazione tacita e il comportamento concludente in quanto il secondo costituisce un *genus* del primo: mentre nella prima ipotesi, in effetti, l'autore effettua una dichiarazione non univoca, ma mediata, in quanto suscettibile di essere interpretata in modo tale

da presupporre l'esistenza di una dichiarazione, nella seconda la volontà dell'autore privato è desumibile non solamente in via mediata (ben potendo essere convenuta preventivamente l'equivalenza tra comportamento tenuto e interpretazione della volontà).

18 SSUU 3 marzo 1962, n. 418, in *Foro Amministrativo*, 1962, II, p.205.

*dell'attività di un ente amministrativo non è necessariamente da ricollegare ad un provvedimento formale, bastando che l'azione dell'ente medesimo sia stata rivolta alla soddisfazione di un pubblico interesse e non alla soddisfazione di un interesse economico privato” e che “anche i fatti materiali della Pubblica Amministrazione che producono, nell'esercizio di una attività amministrativa, modificazione di una determinata situazione (nella specie, occupazione di un suolo privato, ordinata dal Sindaco, e trasformazione del suolo stesso con opere permanenti in una pubblica piazza) possono valere come atti amministrativi quando siano tali da implicare una manifestazione di volontà concretamente e specificamente diretta a produrre un effetto giuridico ; in tal caso, i fatti amministrativi sono regolati dalle stesse norme che regolano gli atti amministrativi e limitano il sindacato dell'autorità giudiziaria al mero controllo di legittimità”:* si pensi, ad es., alla figura della cd sdemanializzazione tacita, che ricorre allorché – come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza di legittimità- l'uso di un bene demaniale sia abbandonato dalla Pubblica Amministrazione essendone cessata, anche per requisiti di carattere oggettivo, l'effettività della loro destinazione all'uso pubblico, con la contemporanea presenza di elementi tali da evidenziare la volontà dell'ente titolare di rinunciare al loro ripristino<sup>19</sup>.

In tali evenienze, la mancanza di un vero e proprio provvedimento non farebbe quindi venir meno la configurabilità dell'esercizio del potere amministrativo, con la conseguenza che, in tali ipotesi, il giudice ordinario potrebbe disporre il risarcimento del danno per lesione del diritto di proprietà ma non anche imporre la restituzione del bene alla Pubblica Amministrazione.

In sostanza, i problemi inerenti al comportamento concludente possono ricondursi alla più generale problematica dell'interpretazione di un comportamento giuridicamente rilevante tenuto dalla Pubblica Amministrazione, rilevanza che però deve essere tale in virtù di una attività interpretativa e non di una specifica disposizione di legge che ne disponga l'equivalenza ad un espresso atto amministrativo<sup>20</sup>.

Diverso è il caso in cui il provvedimento presupposto dell'esecuzione sia adottato ed esternato contestualmente alla sua esecuzione.

Si pensi alle ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione, servendosi della forza pubblica a ciò deputata, realizzi l'attività esecutiva procedendo contestualmente alla esibizione del provvedimento nei confronti del privato.

Si verifica, in sostanza, una sostanziale identificazione tra il momento esternativo dell'atto e quella della sua attuazione coattiva; ciò in contrasto con il

---

<sup>19</sup> Cass., 20 aprile 1985 n. 2610 in *Giurisprudenza Italiana*, 1986, I, p.897.

<sup>20</sup> Cfr sul punto la recente sentenza del TAR Milano, 14 ottobre 2005, n. 3796, che ha ammesso la

configurabilità di un atto amministrativo implicito solo in presenza di una “effettiva e chiara volontà” dell'amministrazione (in *Il merito*, 2/2006, p.87, con commento di ATTANASIO, *Atto amministrativo implicito: difficile il riscontro pratico*).

principio che vorrebbe lasciare al privato, di fronte ad un ordine amministrativo (positivo o negativo), la possibilità di una esecuzione spontanea, o, in alternativa, quella di tutelarsi mediante un ricorso ai competenti organi giurisdizionali e con la contestuale richiesta di sospensione del provvedimento impugnato.

E' questo il motivo per cui, di norma, tali atti sono preceduti da una diffida amministrativa finalizzata ad accertare e comunicare al privato l'obbligo di conformarsi al provvedimento.

Le evenienze siffatte erano solite verificarsi, in particolar modo, nei provvedimenti ablatori reali e nei provvedimenti che si contraddistinguono comunque per la marcata incidenza negativa nella sua sfera giuridica.

Le vie di fatto (nozione, come si vedrà, mutuata dalla giurisprudenza francese) corrispondono, sostanzialmente, a quello che nella dottrina civilistica viene denominato negozio di attuazione: in altra parole, in queste ipotesi, la volontà del soggetto agente è manifestata in via immediata a prescindere dall'instaurarsi di un rapporto con altri, come accade, invece, nei negozi dichiarativi<sup>21</sup>.

Si tratta, in pratica, di ipotesi nettamente differenziata da quella del comportamento concludente, in quanto qui la volontà non viene desunta seppure in via indiretta, ma immediatamente attuata dal soggetto abilitato a produrla nell'ordinamento giuridico.

In realtà la dottrina più accorta distingue varie ipotesi di vie di fatto, basando la differenziazione sul rapporto sussistente tra l'atto esecutivo ed il provvedimento presupposto.

Qualora, infatti, questo sia stato regolarmente emanato, ma non portato a conoscenza degli interessati, il comportamento della Pubblica Amministrazione deve ritenersi semplicemente irregolare, in quanto tradizionalmente la mancanza di comunicazione dell'atto nelle forme previste non incide, salvo che sia diversamente ed espressamente disposto dalla legge, sull'efficacia dell'atto, ma solo sulla conoscenza che ne possano avere i destinatari, a meno che non si tratti di atti cd recettizi, atti, cioè, che non possano produrre i loro effetti senza una previa comunicazione al destinatario.

Peraltro, in queste ipotesi potrebbe anche sostenersi che l'attività esecutiva in esame in mancanza di previa comunicazione abbia carattere illecito, in quanto portata ad esecuzione prima di una comunicazione che potrebbe comunque apparire necessaria, dovendosi ritenere che un atto che solleciti la collaborazione del destinatario non possa non svolgersi se non previa esternazione allo stesso.

La nuova disciplina del procedimento amministrativo ( legge 15/2005) prevede, sul punto, un obbligo di comunicazione del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei destinatari. Sarà, peraltro, compito della giurisprudenza la verifica, in concreto, del regime di invalidità da applicarsi alle fattispecie in cui sia stata omessa la dovuta comunicazione del provvedimento.

21 GAZZONI, *Manuale di diritto privato* (VI ed.), Napoli, 1998, p. 93.

Ipotesi intermedia si verifica, invece, nell'ipotesi in cui, pur essendo stato iniziato il procedimento nelle forme disposte dalla legge, esso non si sia concluso con alcun provvedimento, che è rimasto allo stato di atti endoprocedimentale, con la conseguenza che l'atto esecutivo costituisce allo stesso tempo esternazione dello stesso provvedimento presupposto.

In tali ipotesi, come visto, la giurisprudenza riteneva ammissibile che l'esecuzione dell'atto potesse coincidere con l'esternazione dello stesso; si sarebbe, in sostanza, radicata la giurisdizione del giudice amministrativo, con la peculiarità che, però, non esisteva nessun provvedimento conclusivo del procedimento ed autonomamente lesivo.

Il problema - oggi in parte risolto grazie alla l. 205/2000 ed anche al precedente Dlgs 80/1998, che hanno incentrato il giudizio amministrativo sul rapporto sottostante piuttosto che sul provvedimento - era rappresentato dalla mancanza di un atto amministrativo che, esprimendo la volontà della Pubblica Amministrazione, fosse suscettibile di impugnazione da parte del privato, non concependosi alcuna forma di giudizio amministrativo se non attraverso l'intermediazione di un provvedimento, con conseguente possibilità di un conflitto "negativo" tra le due giurisdizioni: sia quella civile che quella amministrativa avrebbero, infatti, entrambe negato la propria giurisdizione per la mancanza dei presupposti rispettivamente richiesti (per la prima la sussistenza di un diritto soggettivo da tutelare, per la seconda l'esistenza di un provvedimento amministrativo).

Qui il problema sorge - soprattutto - nell'ambito dei procedimenti in materia di espropriazione; di norma, infatti, la preventiva e formale esternazione del provvedimento non costituisce requisito di validità dello stesso, vigendo nel diritto amministrativo il principio della libertà delle forme; tuttavia, la circostanza che specifiche prescrizioni di legge<sup>22</sup> disciplinino i requisiti del decreto di espropriazione che presuppone, pertanto, l'utilizzo della forma scritta fanno sì che, in talune di queste ipotesi, appaia più congruente l'applicazione di quel peculiare regime di invalidità elaborato dalla giurisprudenza del cd vizio di carenza di potere in concreto, che si riscontra allorché l'atto - pur emanato nell'ambito di una competenza comunque attribuita dalla legge - non ne rispetti presupposti, termini, forma e procedimento; da qui l'affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario nella pienezza dei suoi poteri.

In questi casi, in realtà, si verterebbe più nell'ipotesi di cattivo uso del potere amministrativo che della totale mancanza dello stesso; tuttavia, al fine di evitare che, attraverso il riconoscimento dell'esistenza di un atto autoritativo (seppur illegittimo) il privato fosse costretto all'impugnativa del provvedimento lesivo e, attraverso il defatigante iter costituito dai due gradi di giudizio in sede di giurisdizione amministrativa, alla successiva richiesta di risarcimento attraverso i tre gradi di giudizio della giurisdizione amministrativa, la giurisprudenza ela-

---

22 Si pensi alla l. 2359 del 25.6.1865 "Disciplina delle espropriazioni forzate per causa di pubblica utilità".



borò tale categoria di invalidità. Essa costituisce ipotesi intermedia tra l'inesistenza e l'illegittimità dell'atto, e si riscontra allorché l'atto - pur emanato in una competenza prescritta dalla legge - non rispetti presupposti, termini, forma e procedimento prescritti; da qui veniva fatta discendere l'affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, basata sulla considerazione che l'atto che difetti di tali requisiti è stato emesso da soggetto astrattamente competente, ma in concreto non abilitato alla produzione di un determinato effetto giuridico.

L'atto in esame viene, pertanto, considerato radicalmente nullo, senza però che tale qualifica discenda dall'applicazione al provvedimento amministrativo delle vecchie figure di nullità di stampo negoziale, di dubbia l'ammissibilità nel nostro ordinamento : in questi casi, il giudice ordinario sarebbe dotato di pienezza di poteri nei confronti della Pubblica Amministrazione, con la conseguenza che non avrebbe modo di operare il citato principio di inattuabilità dello strumento della disapplicazione anche nel caso di vera e propria cognizione diretta.

Nelle suddette ipotesi dovrebbe comunque affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto le situazioni in cui si è affermata la sussistenza della carenza di potere in concreto sono pur sempre riconducibili all'espressione di veri e propri poteri autoritativi.

E' da notare, peraltro, che l'elaborazione della categoria concettuale della "carenza di potere in concreto" è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, al fine di limitare l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo.

Al riguardo, particolarmente perspicua appare l'osservazione secondo cui *"l'espansione della giurisdizione esclusiva, operata dal Dlgs 31 marzo del 1998, n. 80 e dalla l. 21 luglio 2000, n.205, comporta effetti di rilievo, non solo sul piano processuale, ma anche sul piano sostanziale. Infatti, poiché le decisioni del Consiglio di Stato sono soggette a ricorso per cassazione solo per motivi di giurisdizione, e non per violazione di legge (art. 111 Cost.), il giudice amministrativo può elaborare interpretazioni anche di molto divergenti da quelle accolte dal giudice ordinario, senza che possa opporsi la nomofilachia della Cassazione. In questo contesto la separazione delle giurisdizioni, nelle vertenze relative a diritti soggettivi, sta effettivamente determinando uno scostamento tra giurisprudenza amministrativa e giurisprudenza civile, in relazione a identiche norme e a identici istituti"*<sup>23</sup>.

Si rientra nell'ipotesi di veri e propri comportamenti materiali allorché il

23 TRAVI, nota a Ad. plen, 26 marzo 2003, n.4 in *Foro Italiano*, 2003, III, c.433. In particolare, l'autore osserva che (con riferimento all' omissione dei termini per l'inizio e l'ultimazione dei lavori nella dichiarazione di pubblica utilità) "l'adunanza plenaria, criticando la giurisprudenza della Cassazione che configurava una "carenza di potere in concreto", in relazione alle dichiarazioni di pubblica utilità prive dei termini di

inizio e di ultimazione dei lavori e delle espropriazioni, esclude la configurabilità in questi casi di un diritto soggettivo: l'atto amministrativo non sarebbe nullo (o giuridicamente inesistente) ma sarebbe semplicemente annullabile, e il cittadino avrebbe l'onere di tutelarsi nei suoi confronti attraverso un' impugnazione da proporsi negli ordinari termini di decadenza, facendo valere un interesse legittimo".

provvedimento presupposto dell'esecuzione sia adottato ed esternato contestualmente alla sua esecuzione.

Nel caso in cui, infatti, non sia neppure iniziato l'iter procedimentale può dirsi che, pur sussistendo la competenza della Pubblica Amministrazione all'emanazione dell'atto, questa abbia agito senza neanche porre in essere una attività qualificabile come amministrativa.

Tali ipotesi dovrebbero, in sostanza, essere equiparate ai casi di cd carenza di potere in concreto, cioè ai comportamenti che, pur se realizzati da soggetto appartenente all'apparato pubblicistico, costituiscano un semplice fatto illecito.

Talora, poi, potrebbe riscontrarsi l'evenienza in cui la Pubblica Amministrazione ponga in essere un comportamento materiale che non solo non risulti attribuito all'organo agente, ma che addirittura esorbiti totalmente dalla competenza del complesso di uffici in cui esso sia ricompreso; in altre parole, dovrebbe trattarsi di funzioni attribuite ad altro soggetto amministrativo e non semplicemente ad altro organo dello stesso plesso amministrativo o, ancora, a soggetto incompetente per territorio.

In quest'ultimo caso siamo in presenza di un'attività che viene svolta - nei confronti del privato- alla stregua di qualsiasi cittadino, a differenza dei casi in cui l'attività materiale è pur sempre ascrivibile ai compiti pubblicistici, onde non vengono in considerazione solo i profili dell'illegittimità della condotta della Pubblica Amministrazione, ma una vera e propria illiceità; la giurisprudenza, in tali fattispecie, ammette pacificamente l'esperibilità della tutela possessoria innanzi il giudice ordinario.

In questi casi, peraltro, il privato potrebbe non avere neppure bisogno di una tutela di carattere giurisdizionale per premunirsi dallo spoglio in atto: infatti, trattandosi di atti compiuti in carenza di potere, secondo l'orientamento prevalente, e non sarebbe configurabile una illiceità della eventuale resistenza del privato alla loro realizzazione coattiva, costituendo l'impossessamento in esame una condotta del tutto arbitraria.

Si tratta di casi equiparabili ai comportamenti materiali veri e propri, cioè ad attività non giuridiche svolte da organi della Pubblica Amministrazione uti civis, in quanto realizzate da soggetto che pur formalmente appartenente all'apparato amministrativo non esercita un potere ad esso attribuito, in situazioni quindi di carenza di potere in astratto.

Nonostante la citata sentenza delle Sezioni Unite del 1962, comunque, qualificasse come pubblicistica la attività amministrativa realizzata mediante comportamento concludente pur con riferimento a un qualsivoglia interesse di carattere pubblico, sembrerebbe più corretto, per tale finalità, fare riferimento a quelle sole attività che, in qualche modo, possano considerarsi quale esplicazione di una materia attribuita alla cura della Amministrazione: il comportamento materiale differisce ontologicamente dal semplice comportamento concludente, comunque espressivo di una attività amministrativa. Esso ben difficilmente può,



infatti, essere reputato attinente ad una attività pubblicistica, sembrando, invece, del tutto diverso dalla attività comunque compiuta in violazione di meri requisiti formali pur nell'ambito di una attività dichiarativa, o di altra attività realizzata dalla Pubblica Amministrazione in esecuzione di provvedimenti espliciti.

Il problema della corretta individuazione della nozione di comportamento, sottratto anche sotto il regime di giurisdizione esclusiva alla cognizione dei Tribunali Amministrativi Regionali, ha riguardato non solo la tematica della attrazione delle azioni possessorie, ma anche quello delle controversie in tema di occupazione appropriativa o usurpativa.

Con riferimento al problema delle azioni possessorie, deve essere rilevato che le isolate pronunzie<sup>24</sup> che ritenevano possibile attrarre alla giurisdizione del giudice amministrativo tali controversie sono state ben presto smentite sia dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite<sup>25</sup> che da quella del Consiglio di Stato<sup>26</sup>: essa ha valorizzato, da un lato, la citata distinzione tra comportamenti espressivi di pubblici poteri e meri comportamenti materiali e, dall'altro, l'autonomia della situazione giuridica possessoria rispetto al criterio di riparto fondato sulla differenziazione tra diritti ed interessi.

La tematica della attrazione al giudice amministrativo delle controversie sulle azioni possessorie nei confronti della Pubblica Amministrazione interferisce, poi, con quella in tema di occupazione appropriativa, che, di recente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con una serie di pronunzie particolarmente innovative, ha provveduto a delimitare. Con sentenza n. 4 del 30 agosto 2005, infatti, i supremi giudici amministrativi hanno ritenuto attribuita alla giurisdizione del Giudice amministrativo, pur a seguito della sentenza costituzionale 204, le controversie in tema di risarcimento del danno conseguente alla illegittima occupazione del bene immobile non seguita da un tempestivo decreto di esproprio; successivamente, con decisione n. 9<sup>27</sup> del 16 novembre 2005, gli stessi hanno ritenuto di adottare la medesima decisione con riferimento alla spettanza della giurisdizione sulla pretesa del privato al risarcimento del danno al risorto diritto soggettivo scaturente dall'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità (ipotesi in precedenza qualificata come occupazione "usurpativa"<sup>28</sup>).

24 Cfr al riguardo Tribunale di Lecce, ordinanza del 28 ottobre 2002, in *Foro Italiano*, 2003, I, c. 2176.

25 Ordinanza n. 2062 dell'11 febbraio 2003, in *Foro Italiano*, 2003, I, c. 2782.

26 Cons. Stato, sezione IV, ordinanza n. 4826 del 28 agosto 2001, *ibidem*, 2002, III, c. 368.

27 In Guida al diritto, 6/2006, p.72 con commento di FORLENZA, Nell'ipotesi di un'occupazione acquisitiva i dubbi sull'affidamento della giurisdizione.

28 "(...) comportamenti, (l'espressione espunta dalla Corte

*Costituzionale per arginare l'ambito della giurisdizione amministrativa) non si riferisce a quelle condotte che si connotano - come nella specie - alla esplicazione di potestà amministrative manifestatesi attraverso provvedimenti autoritativi che hanno spiegato secundum legem i loro effetti pur se successivamente rimossi, in via retroattiva, da pronunce di annullamento. I "comportamenti" ai quali faceva riferimento l'antico art. 34 - prima dell'intervento della Corte Costituzionale - avevano ad oggetto, invero, non soltanto attività materiali sorrette dall'esplicazione del potere ma anche condotte poste in essere dalla pubblica amministrazione fuori dalla esplicazione del potere".*

Tale interpretazione si conferma corretta se si considera che, in piena aderenza a quanto deciso da parte della Corte Costituzionale nella sentenza 204, ciò che viene in considerazione è, pur sempre, un risarcimento del danno consequenziale ad una valutazione sulla legittimità di un atto amministrativo. Non appare decisivo, al riguardo, che l'atto in esame sia qualificato quale presupposto della mera legittimità o, addirittura, dell'esistenza del potere amministrativo, visto che ciò che rileva è che la Pubblica Amministrazione non abbia agito alla stregua di un privato nell'impossessarsi del bene oggetto dell'espropriazione.

La distinzione tra occupazione appropriativa in senso stretto ed occupazione "usurpativa" era stata, peraltro, superata dal dlgs 80 del 1998 e dalla conseguente, l. 205 del 2000, che hanno attribuito al giudice amministrativo anche la competenza a sindacare i semplici "comportamenti" tenuti dalle Pubbliche Amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, con ciò eliminando, almeno in via teorica, gli ostacoli alla possibilità di reintegrazione del privato spogliato da parte di una amministrazione.

Appariva indubbio, al riguardo, che il riferimento agli "atti e comportamenti" della Pubblica Amministrazione avrebbe espresso l'intento del legislatore di recepire, ma superandolo alla radice, il problema connesso alla impossibilità di reintegra nel possesso nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Sul punto si sono contrapposte due distinte interpretazioni, l'una favorevole, l'altra contraria alla attrazione delle fattispecie di accessione invertita al giudice amministrativo.

Secondo il primo<sup>29</sup>, infatti, l'esplicito riferimento ai "comportamenti" tenuti dalla Pubblica Amministrazione, nonché la previsione della possibilità, da parte del privato, di ottenere la reintegrazione in forma specifica nei confronti della stessa, sarebbe stato indice sufficientemente sintomatico della volontà del legislatore di attrarre alla giurisdizione del giudice amministrativo tali controversie.

Del resto, la conservazione al giudice ordinario delle sole controversie in tema di indennità avrebbe confermato la necessità di distinguere, ai fini del riparto di giurisdizione, le uniche che si potessero, in ogni modo, qualificare quali conclusioni di un procedimento a carattere "fisiologico", in quanto sostanzialmente aventi ad oggetto la corresponsione o la valutazione dell'indennizzo, dal risarcimento del danno, sia pure non integrale, e discendente da una attività di fatto qualificabile come illecita. La stessa definizione legislativa, che qualificava la materia urbanistica come riferita a "tutti gli aspetti dell'uso del territorio", avrebbe confermato l'onnicomprendività di tale nozione.

Secondo un orientamento qualificabile come intermedio, prevalente in sede di giurisdizione civile<sup>30</sup>, sarebbe stato necessario distinguere tra occupazio-

---

29 Cons. Stato, sezione IV, sentenza 9 luglio 2002, in *Foro Amministrativo- Consiglio di Stato*, p.1542.

30 Vedi per la giurisprudenza di merito Trib. Roma, sentenza 16 settembre 2002, in *Giurisprudenza di Merito*, 2003, p. 536.

ne appropriativa in senso stretto ed occupazione usurpativa; solo nel primo caso, infatti, era presa in considerazione una attività della Pubblica Amministrazione che, essendo di fatto ricollegabile ad una valida ed efficace DPU, sarebbe stata, in effetti, espressiva di attività *latu sensu* urbanistica. Non è mancato, al riguardo, chi<sup>31</sup> in dottrina ha, poi, proposto, di distinguere, alla luce della formulazione degli artt.34 e 35 del Dlgs 80/1998 nonché della già citata rivisitazione della figura della carenza di potere in concreto, tra occupazione appropriativa ed usurpativa non già ai fini della spettanza della giurisdizione ( che dovrebbe essere sempre attribuita al giudice amministrativo, quantomeno in sede di giurisdizione esclusiva, con l'esclusione dei veri e propri comportamenti materiali in quanto addirittura esulanti dalla sfera di competenze dell'amministrazione procedente) quanto a quelli della possibilità di limitare il risarcimento del danno, operando nel caso di occupazione appropriativa le preclusioni legislative che ne forniscono una preventiva delimitazione.

Secondo, infine, l' orientamento favorevole alla conservazione delle fattispecie in esame al giudice ordinario, non si poteva ammettere la sottrazione di tali controversie al sindacato dello stesso, sia per la mancanza di una espressa previsione normativa in tal senso, sia per la decisiva circostanza che il riferimento ai "comportamenti" avrebbe, al massimo, consentito di recepire nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo le attività materiali comunque qualificabili quali espressive di attività di carattere *latu sensu* provvedimentale, e non quelle realizzate in spregio dei requisiti di forma imposti dalla legge nei confronti della Amministrazione.

Sul tema la giurisprudenza<sup>32</sup> ha, da un lato, valorizzato la distinzione della materia urbanistica da quella edilizia ( nelle more dell'entrata in vigore del Testo Unico sull'espropriazione), dall'altro ha assimilato le questioni sul risarcimento del danno derivante dall'accessione invertita a quelle in tema di indennizzo espropriativo.

Il problema è sorto, invece, con riferimento alle controversie attinenti i meri comportamenti materiali della Pubblica Amministrazione, a seguito della sentenza dichiarativa dell'eccesso di delega della Corte Costituzionale che<sup>33</sup>, sul tema, ha ritenuto che, mentre il legislatore delegato aveva provveduto ad estendere il sistema di riparto di giurisdizione "per blocchi di materie", sia l'interpretazione letterale della legge di delegazione che l'analisi dei lavori preparatori delle Camere indicassero che il Parlamento si era limitato ad attribuire al governo la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie, prima sottratte, attinenti ai "diritti patrimoniali consequenziali".

Con riferimento ai settori dell'urbanistica e dell'edilizia, la Cassazione

31 GALLI, *cit.* p.1031

32 Cfr. Tribunale di Roma, sentenza 30 giugno 2003 , in Foro Italiano, 2003, I , c.2165 con nota di BENINI.

33 Corte Cost., sentenza 17 luglio 2000, n.292, in Foro Italiano, 2000, I, c. 2393, con nota di BARONE e commento di TRAVI, Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale

aveva proposto la questione di legittimità costituzionale proprio partendo dalla più ampia nozione di “comportamenti”...in materia “...urbanistica ed edilizia”, e attribuendo a tale nozione il significato più vasto, ha dubitato della legittimità costituzionale, per eccesso di delega, delle norme del DLgs 80/1998 che, anziché prevedere semplicemente la estensione alle materie indicate dalla legge- delega del risarcimento del danno consequenziale all’annullamento degli atti amministrativi nelle materie in esame, ha invece previsto la creazione di nuovi settori di giurisdizione esclusiva, finalizzati a ricomprendere sia le controversie in tema di diritti soggettivi che quelle, più tradizionalmente comprese nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, in tema di interessi legittimi.

Nell’ordinanza di rimessione, proposta dalle stesse Sezioni Unite<sup>34</sup> alla Corte Costituzionale che dichiarerà fondata, più in seguito, la questione in esame<sup>35</sup>, congiuntamente a quella- analoga- inerente la giurisdizione esclusiva nell’ambito dei pubblici servizi- si era, in effetti, osservato che l’art. 34 del Dlgs 80 del 1998 aveva devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie “*aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia*” e che al secondo comma aveva definito la materia urbanistica come comprendente “*tutti gli aspetti dell’uso del territorio*”, stabilendo altresì che nulla fosse innovato in ordine alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell’adozione di atti di natura espropriativa ed ablativa.

Proprio aderendo all’ampia nozione di “atti e comportamenti” in precedenza illustrati, la Cassazione aveva, quindi, riconosciuto la spettanza al giudice amministrativo delle controversie in tema di risarcimento del danno per occupazione *sine titulo*, ovvero di risarcimento del danno derivante da cd accessione invertita o espropriazione sostanziale, anche in mancanza di un pregiudiziale annullamento di atti presupposti; e, rispetto alle controversie oggetto della fattispecie *de qua* si era posto il problema della compatibilità, ex art. 76 Cost., con il testo della originaria legge di delegazione.

Accogliendo, in effetti, le osservazioni del supremo consesso di giustizia, la Corte Costituzionale ha osservato come l’interpretazione della legge di delegazione non potessero in alcun modo consentire al legislatore l’estensione della giurisdizione in tema di urbanistica al di là delle controversie inerenti ai c.d. “diritti consequenziali”.

In seguito a tale decisione, peraltro, si è registrato l’intervento del legislatore: la successiva l. 205 del 2000, ha, infatti, dettato una nutrita serie di norme sulla giustizia amministrativa.

---

34 SSUU, ordinanza 25 maggio 2000, n. 43, in *Foro Italiano*, 2000, I, c. 2145 con commento di DE MARZO, *Le procedure espropriative e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*.

35 Corte Cost., sentenza 17 luglio 2002, n. 292, in *Foro Italiano*, 2000, I, c. 2392 con nota di BARONE e commento di TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*.

La normativa in esame ha, sostanzialmente, confermato l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle materie già definite dal dlgs 80/1998.

La Corte di Cassazione ha, a più riprese<sup>36</sup>, negato che l'approvazione della l. 205 del 2000 abbia avuto l'effetto di sanare, con valore retroattivo, la declaratoria di illegittimità costituzionale con riferimento alle questioni di diritto transitorio, conservando quindi attualità il problema inerente alla legittimità, o meno, delle previsioni del dlgs 80 del 1998 nella più ampia accezione del termine "urbanistica ed edilizia" fornita dalla stessa Corte.

La stessa Corte di Cassazione ha, ad es., con ordinanza delle SSUU n. 8506 del 21 giugno 2001<sup>37</sup> proposto questione di legittimità costituzionale della medesima norma con riferimento a tutte le controversie, in tema di atti e comportamenti delle Pubbliche Amministrazioni in materia urbanistica ed edilizia.

Di fronte, peraltro, alle ripetute insistenze<sup>38</sup> (*...né sulla rilevanza della questione può influire l'entrata in vigore della l.205 del 2000, che con l'art. 7 sostituisce l'art. 34 riproducendone il contenuto: la nuova legge, invero, in difetto di espressa previsione in tal senso non ha efficacia retroattiva, ma si applica solo ai giudizi instaurati successivamente alla sua entrata in vigore, salvi gli effetti convalidanti per i giudizi già pendenti davanti al giudice amministrativo*)<sup>39</sup>, la stessa Corte Costituzionale ha dovuto, alla fine, prendere atto della acclarata impossibilità di adottare l'orientamento cui, in precedenza, aveva aderito, in considerazione della pressoché unanime opinione espressa dal "diritto vivente" e ritenere fondata la questione in esame, dichiarando illegittima la norma anche per il periodo 1998-2000<sup>40</sup>, per le stesse ragioni illustrate in precedenza.

L'intera materia espropriativa è stata rivisitata e codificata dal DPR 8 Giugno 2001, n. 327, Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità.

Con riferimento alla occupazione appropriativa, il Dlgs 327 del 2001 ha innanzitutto modificato l'istituto della occupazione d'urgenza, sostituendola con un procedimento di espropriazione d'urgenza, contraddistinto dalla peculiare celerità nonché da una determinazione preventiva dell'indennità di espropriazione, al fine di evitare il protrarsi di una occupazione meramente preliminare alla successiva attività procedimentale.

36 Ordinanze SSUU 21 giugno 2001, n. 8506, in *Foro Italiano*, 2002, I, c. 2471 e 11 dicembre 2001 n. 15641, in *Giurisprudenza Italiana*, 2002, p. 1525.

in *Giurisprudenza Italiana*, 2002, p. 1525.

37 In *Foro Italiano*, 2001, I, c. 2472.

39 Ordinanza 11 dicembre 2001 cit.

38 Ordinanze SSUU 21 giugno 2001, n. 8506, in *Foro Italiano*, 2002, I, c. 2471 e 11 dicembre 2001 n. 15641,

40 Corte Costituzionale, sentenza 13- 28 luglio 2004, n. 281, in *Guida al diritto*, .37/ 2004, p. 95.

L'ipotesi di utilizzazione, a qualunque titolo avvenuta, del bene espropriando da parte della Pubblica Amministrazione (che, grazie alla nuova disciplina dovrebbe essere sensibilmente limitata dal punto di vista quantitativo), viene preso in considerazione dall'art. 43, inerente l'occupazione sine titulo consistente nella modificazione in mancanza di preventivo ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della Pubblica Utilità.

In queste ipotesi, il comportamento della Pubblica Amministrazione è qualificato come illegittimo, ma è allo stesso tempo contemplata la possibilità di formale atto di acquisizione al proprio patrimonio immobiliare, previa trascrizione e con la corresponsione di risarcimento nella misura determinata al comma sei dello stesso articolo.

La nuova disciplina dell'occupazione appropriativa (come noto, già criticato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo) suscita, comunque, particolari perplessità anche in relazione al contrasto con il Trattato costituzionale dell'Unione Europea che, nel recepire la Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza, dispone, all'art. II-17, che "nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa".

Rispetto a quello riscontrato in ordine alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, peraltro, il contrasto con le norme fondamentali comunitarie pone problematiche ancora più serie se si tiene conto che secondo autorevole dottrina<sup>41</sup> la Corte di Giustizia "*...ha elaborato ormai una vasta e consolidata giurisprudenza sul carattere self-executing di taluni articoli dei Trattati, sicchè almeno sull'efficacia diretta di tali norme non sussistono più dubbi, anche in considerazione del carattere precettivo della giurisprudenza della Corte di giustizia, cui è riservata l'interpretazione dei trattati*".

Si possono, quindi, porre seri interrogativi sulla legittimità di tali prescrizioni che, sostanzialmente, determinano un vantaggio per la Pubblica Amministrazione che abbia di fatto violato le stesse norme procedurali condizionanti la legittimità della apprensione per finalità di pubblico interesse.

Il TU ha, altresì, attribuito alla giurisdizione del TAR la materia della espropriazione, anche se la specificazione della attribuzione al giudice amministrativo della intera materia espropriativa deve pur sempre essere ristretta alle attività provvedimentali o paritetiche o, ancora, affette da carenza di potere in concreto che costituiscano manifestazione di attività provvedimentale direttamente od indirettamente riconducibile all'esercizio di poteri pubblicistici da parte della Pubblica Amministrazione o di soggetto ad essa equiparato.

Ne deriva la necessità, anche con riferimento alla tematica dell'espropriazione, di delimitare la nozione di "materia espropriativa", ovviamente ritenendosi che, soprattutto a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale, a *fortiori*

---

41 ROMANO, in AAVV *cit.*, p.147 ss.



debbano reputarsi espunte dalla suddetta nozione i casi di controversia concernente attività meramente materiale della Pubblica Amministrazione, ovviamente non suscettibile di essere qualificato come “materia”.

Appare necessario, a tale punto della trattazione, affrontare la complessa tematica concernente l’influenza, nell’ambito del sistema giuridico francese, delle costruzioni giurisprudenziali della *voie de fait* e della *emprise irrégulière*.

Una completa ed esaustiva trattazione della tematica relativa agli aspetti più rilevanti, anche di carattere storico, del riparto di giurisdizione transalpino richiederebbe un approfondimento di una complessità che esula dalla tematica della presente trattazione. Ci si limiterà, pertanto, ad una ricognizione degli aspetti che, più di altri, presentino attinenza con l’argomento della influenza, sul riparto di giurisdizione, dell’attività materiale della Pubblica Amministrazione in ordine all’impossessamento di un bene.

Deve essere, in breve, premesso che il sistema francese di riparto della giurisdizione è ispirato ad una assoluta separazione<sup>42</sup> tra il potere esecutivo e quello giudiziario, in base al principio espresso dal convincimento secondo cui “*juger l’administration c’est encore administrer*”.

Secondo i criteri che, quindi, sono ancora, in massima parte, vigenti, deve essere effettuata una netta e rigida contrapposizione tra l’attività giurisdizionale finalizzata alla tutela delle posizioni soggettive del ricorrente nei confronti del privato (essendo, comunque, ricompresa in tale nozione anche la Pubblica Amministrazione che agisca non al fine di tutelare e promuovere bisogni di interesse generale ma nell’ambito di una autonomia negoziale assimilabile a quella dei privati) e quella che, viceversa, opera nei confronti dell’autorità.

Di conseguenza, almeno sulla base di una prima approssimazione, di norma, i tribunali ordinari sono del tutto sprovvisti di giurisdizione nei confronti dei provvedimenti emanati dalla Pubblica Amministrazione<sup>43</sup>.

Anche la valutazione sulla sussistenza della giurisdizione amministrativa o, al contrario, di quella ordinaria, viene ad essere attribuito ad organo a composizione paritetica (il Tribunal des Conflits) e non, come successivamente disposto nel nostro ordinamento, alla più alta istituzione dell’ordinamento giudiziario.

Per l’esattezza, la attribuzione alla giurisdizione amministrativa o a quella ordinaria si basa sulla distinzione tra *actes de puissance publique* e *actes de gestion privée* (o *actes de gestion tout court*).

42 Cfr al riguardo MAZZAROLLI, in AAVV, *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, p. 1741, ove si attribuisce la compiuta elaborazione di questo principio, oltre a ragioni derivanti dall’applicazione della teoria generale della tripartizione dei poteri, anche alla volontà, di carattere politico, di sottrarre un determinato numero di controversie alla cognizione di organi giurisdizionali di formazione precedente e, di conseguenza, maggiormente legati all’*ancien régime*.

43 Il principio in esame fu espresso a partire dal periodo finale della rivoluzione francese, in modo particolare dalla legge del 16 fruttidoro dell’anno III. Sul punto cfr DE LABAURDÈRE- VENEZIA-GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, XIV ed., Paris, 1991, p. 607. In seguito, la legge 28 piovoso dell’anno III, in coerenza con la separazione dei poteri, attribui alla giurisdizione del giudice amministrativo la competenza sul contenzioso contrattuale ed extracontrattuale derivante dai lavori pubblici.

Le fattispecie delle *voie de fait* e della *emprise irrégulière* rappresentano, per l'appunto, deroghe alla citata sistematica del riparto di giurisdizione, al fine di delimitare al massimo la sfera di giurisdizione del giudice amministrativo, che nello stesso tempo era risultata notevolmente ampliata.

In effetti, in virtù del celeberrimo *affaire Blanco* (Tribunal des Conflits, 8 febbraio 1873), venuta meno la teoria dello "stato debitore"<sup>44</sup>, si ritennero devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie che non risultassero strettamente discendenti dall'esercizio di un potere pubblico in senso stretto, ma anche dall'esercizio di un servizio pubblico (ove con tale nozione si voleva, ovviamente, far assumere rilevanza alla c.d. nozione soggettiva di pubblico servizio, ovvero alla attività di carattere non autoritativo e non concretante nella emanazione di atti giuridici imperativi).<sup>45</sup>

Si può, pertanto, osservare che, in virtù di un riparto così congegnato, sarebbero comunque ricadute sotto la giurisdizione del *juge administratif* una serie di attività che, svolte da un ente pubblico, erano destinate a soddisfare in via diretta ed immediata un bisogno di interesse generale. Conseguentemente, l'adozione di tale orientamento determinò l'abbandono della teoria della *puissance publique* in favore della onnicomprensiva teoria della *gestion publique*. Secondo tale teoria dovevano, in ogni caso, risultare attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo tutti gli atti compiuti dall'Amministrazione che esorbitassero dal diritto comune<sup>46</sup>.

Si può, quindi, ritenere che già a partire dai primi anni della siffatta elaborazione giurisprudenziale, fosse nato un movimento di opinione favorevole ad una più rigida delimitazione (in favore del *juge judiciaire*) del riparto di giurisdizione<sup>47</sup>.

Proprio in tale contesto si devono inserire le innovazioni che, a partire dagli anni trenta, hanno previsto in modo esplicito una attribuzione giurisdizionale in favore del giudice ordinario.

La prima è costituita dalla l. 7 febbraio 1933 sulle garanzie della libertà individuale, contenente una norma di riforma del Codice di istruzione criminale<sup>48</sup>. Tale disposizione<sup>49</sup> determinò una parziale deroga al principio di separazione dei poteri, in quanto dispose che, pur se poste in essere da una Pubblica

---

44 Secondo questa teoria, dovevano comunque ritenersi ricomprese nella giurisdizione amministrativa le fattispecie in cui lo Stato fosse citato in giudizio al fine di ottenere la condanna dell'Amministrazione all'adempimento di una obbligazione pecuniaria.

45 Cfr sul punto CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, p. 11, ove si evidenzia che tale sentenza ricopre una importanza di carattere storico in quanto, in un certo senso, determinò la definitiva scissione tra il diritto applicabile nei rapporti tra privati e quello disciplinante i rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione.

46 CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences reciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, 1957.

47 BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, 1995, p. 230.

48 BURDEAU, *cit.*, p. 435.

49 "Il conflitto di attribuzione non potrà essere sollevato, e i tribunali dell'ordinamento giudiziario saranno competenti in modo esclusivo, in tutti i casi in cui l'azione civile sia fondata su fatti costituenti le infrazioni previste dagli articoli dal 122 al 184 del Codice Penale".



Amministrazione, rientrassero nella giurisdizione del giudice ordinario i comportamenti che si concretassero in un attentato ai diritti del cittadino (fattispecie punite dagli artt.122-184 del Codice Penale).

In particolare, il rinvio al testo normativo effettuato dalla normativa in esame determinava l'attrazione alla giurisdizione del giudice ordinario di tutte le ipotesi in cui venisse in considerazione una azione, intentata dal cittadino sia avverso la Pubblica Amministrazione procedente che avverso il funzionario responsabile, volta a determinare la responsabilità per le fattispecie di restrizioni arbitrarie della libertà personale, ovvero di introduzione illegale nel domicilio.

Deve essere precisato che, oltre all'esclusività della competenza del giudice civile, la normativa statuiva, altresì, l'impossibilità di sollevare il conflitto di giurisdizione nelle ipotesi di ricorsi che vertessero su tali materie<sup>50</sup>, soprattutto al fine di evitare una serie di manovre dilatorie da parte della Pubblica Amministrazione.

In altre parole, la presente disciplina consentiva una tutela del cittadino particolarmente marcata, in quanto l'esistenza di una preclusione di carattere assoluto permetteva allo stesso giudice ordinario di ignorare la questione eventualmente sollevata dalla amministrazione ricorrente, potendo vagliare la stessa mancanza di regolarità per la proposizione della eccezione in esame.

Si trattò, come può essere agevolmente osservato, di una sostanziale eterogeneità dei fini, in quanto una norma dettata al fine di fornire un rafforzamento, in via penalistica, delle posizioni individuali del cittadino finì per assumere una influenza rilevante con riferimento al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo, dando origine alla creazione giurisprudenziale delle vie di fatto.

Si può osservare che con la citata disposizione il legislatore aveva ritenuto di devolvere alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le azioni inerenti la responsabilità dei pubblici ufficiali che fossero derivanti dall'accertamento, in sede penalistica, degli illeciti in esame.

L'affermazione in esame consacrò, da un punto di vista legislativo, quella che, in precedenza, era stata ritenuta una mera pretesa di fatto del giudice civile<sup>51</sup>.

L'innovazione del legislatore fu, tuttavia, interpretata in modo riduttivo dalla giurisprudenza successiva, che ritenne che la suddetta previsione trovasse applicazione nella sola ipotesi in cui l'azione diretta alla riparazione di un attentato alle libertà del cittadino fosse diretta nei confronti del funzionario agente, e non anche nei casi in cui fosse rivolta nei confronti dell'Amministrazione nel suo complesso.

Eccezione a tale principio fu, peraltro, rinvenuta nell'ipotesi in cui l'attività posta in essere dalla stessa Amministrazione esorbitasse dalle attribuzioni nor-

50 AMSELEK, *Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives a la liberté individuelle*, in *Revue du droit public*, 1965, p.802.

51 CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1957, Paris, p.156.

mative, con la conseguenza che doveva essere attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario l'ipotesi in cui l'attività violativa costituisse una via di fatto.

Successivamente, la legge del 31 dicembre 1957 attribuì ancora al giudice ordinario la giurisdizione sulle azioni per danni cagionati dai veicoli di proprietà o sotto la custodia di persone pubbliche.

Infine, la legge 5 aprile 1977 riguardante la responsabilità dello Stato per danni cagionati per colpa di soggetti deputati all'attività di insegnamento, adottò una diversa prospettiva e incise sul riparto di giurisdizione con una norma che sostituì la previsione della l. 20 luglio 1889, attribuendo al giudice ordinario la competenza a giudicare sulla responsabilità dello Stato per i danni cagionati agli allievi (tale disciplina estese, sostanzialmente, i casi di responsabilità diretta dello Stato, sino ad allora limitata ai casi di danni cagionati dagli stessi allievi). Nonostante il tentativo della giurisprudenza di limitare, in sostanza, tale forma di responsabilità, il Tribunal des Conflits riconobbe la giurisdizione del giudice ordinario per tutti i danni cagionati *per culpa* in vigilando da membri del corpo docente<sup>52</sup>.

In sostanza, dal complesso delle normative citate, emerge la volontà politica, pur nell'ambito di una piena attuazione del principio di separazione dei poteri, di attribuire al giudice ordinario quel ruolo di "guardiano della libertà" che, come avremo modo di osservare, si porrà altresì a fondamento della complessiva evoluzione storica del sistema, in virtù dell'idea che solo il giudice ordinario fosse in possesso di quelle garanzie di indipendenza dal potere politico che potessero contribuire a rendere effettiva la tutela giurisdizionale del cittadino nelle fattispecie in cui fosse, comunque, riscontrabile la necessità di un equilibrio particolarmente delicato tra azione amministrativa e posizioni soggettive di carattere individuale.

Altri casi in cui la giurisprudenza ha ritenuto di dovere recuperare pienezza di cognizione al giudice ordinario è stato con riferimento all'ipotesi di competenza del giudice penale, finendo col superare le limitazioni che alla cognizione dello stesso avevano posto le legislazioni rivoluzionarie; ciò con riferimento all'attività interpretativa del giudice penale nei confronti della possibilità di sindacare la legittimità e di interpretare gli atti amministrativi, nel caso di attività poste in essere dagli agenti della Pubblica Amministrazione e costituenti reato.

Dalle disposizioni indicate emerge, come si può osservare, un tendenziale favore ad una considerazione della autorità giudiziaria quale plesso giurisdizionale idoneo a consentire una più incisiva forma di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini.

---

52 BURDEAU, *cit.*, p.436.

La giurisprudenza ha, di fatto, esteso i casi di attribuzione, più in generale, alle fattispecie in cui venga in considerazione l'esistenza di un attentato alla libertà personale del cittadino.

Al riguardo, si deve precisare la dottrina francese<sup>53</sup> parla di "crisi" del principio di separazione dei poteri nel periodo immediatamente successivo alla fine della guerra, periodo storico in cui, a causa delle estreme difficoltà organizzative incontrate dalla Pubblica Amministrazione, si moltiplicarono le fattispecie di occupazioni illegittime da parte della stessa<sup>54</sup>.

E' proprio in questo periodo storico che hanno origine le teorie della *empri-se* e della *voie de fait*, teorie nate sulla base del principio, elaborato dal Tribunale dei Conflitti, che vedeva attribuire alla giurisdizione ordinaria la salvaguardia della libertà individuale e la protezione della proprietà privata<sup>55</sup>.

Il principio secondo cui l'autorità giudiziaria ordinaria dovesse rimanere a tutela della proprietà e della libertà individuale ricevette, poi, consacrazione ufficiale, con la riforma del Codice di procedura penale (l. 31 dicembre 1957) che sanzionò in via esclusiva l'attribuzione alla giurisdizione del giudice civile delle azioni di responsabilità contro i funzionari o le amministrazioni nell'ipotesi in cui si vertesse su attentati alla libertà del cittadino.

L'attribuzione al giudice ordinario delle controversie in esame deve, peraltro, essere analizzata al fine di verificare con esattezza l'ampiezza della giurisdizione conferita.

Al riguardo, deve precisarsi che, ai sensi della normativa penalistica francese, e con l'esclusione delle attribuzioni già citate alla giurisdizione del giudice ordinario, sono devolute a quest'ultimo le controversie che vertano sugli arresti e detenzioni illegali, sulle assegnazioni coattive di domicilio, sulle violazioni di domicilio.

Il *Tribunal des conflits* ha, peraltro, avuto modo di interpretare la disposizione in esame in modo restrittivo, rispetto alla lettera della normativa che sembrerebbe imporre un principio di carattere assoluto.

In secondo luogo, deve essere ricordato che la stessa giurisprudenza del giudice amministrativo tentò, in più occasioni, a limitare la portata della norma in esame, con due interpretazioni giurisprudenziali, entrambi riconducibili a sentenze rese relativamente a restrizioni di libertà illegittime seguite alla Liberazione.

Con la giurisprudenza *Alexis-Wolff* (7 novembre 1947) il Consiglio di Stato aveva stabilito che la previsione in esame non precludesse la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nell'ipotesi in cui fosse promossa azione di responsabilità nei confronti dello Stato per i danni cagionati.

53 BURDEAU, *cit.*, p.438.

54 A dimostrazione di tale rilievo, basato anche sulla valutazione della crescente contrapposizione tra potere esecutivo e potere giudiziario, deve essere citata la forte crescita dei conflitti di attribuzione decisi dal Tribunale dei Conflitti,

passati dalla dozzina di ricorsi del periodo precedente alla guerra ai 92 del 1948.

55 La decisione che consacrò la teoria delle vie di fatto è *Tribunal des Conflits*, 22 dicembre 1930, *Union Villenoise de conserves*.

In seguito, con la giurisprudenza *Dame de la Murette* (27 marzo 1952) lo stesso Tribunale dei conflitti riconobbe che l'esclusività della giurisdizione del giudice ordinario dovesse essere ritenuta sussistente nelle sole ipotesi in cui venisse in considerazione un'azione promossa avverso il funzionario responsabile, non già ove l'azione fosse intentata nei confronti dello Stato, in quanto si ritiene che le disposizioni del Codice d'istruzione criminale dovessero essere lette alla luce delle disposizioni concernenti il principio di separazione dei poteri.

Tale orientamento è stato, dalla dottrina più accorta<sup>56</sup>, accusato di "sincretismo", in quanto non distingueva, in realtà, il principio di attribuzione esclusiva alla autorità giudiziaria, rispetto a quello relativo alla impossibilità di sollevare il conflitto di attribuzione, inidoneo ad essere scalfito dalla separazione dei poteri, nonché di arbitrarietà (si finiva per privilegiare una legge generale rispetto ad una disposizione specifica).

Successivamente, la Costituzione della V Repubblica Francese (1958) consacrò il principio (art.66), secondo cui la sola autorità giudiziaria ordinaria dovesse essere "*gardienne de la liberté individuelle*".

Si tratta di norma che rinviene le proprie origini nell'"*Habeas Corpus*" inglese, nonché nell'art.16 della Dichiarazione del 1789 e che mirava, in sostanza, alla preservazione dei diritti fondamentali dal potere esecutivo.

Tale disposizione ha determinato l'importante conseguenza di determinare il passaggio sulla cognizione della sussistenza della giurisdizione anche all'organo di giustizia costituzionale (che, come si saprà, esercita in Francia un controllo di esclusiva rilevanza preventiva), anche se non ai fini della decisione, in concreto, della controversia ma solo della legittimità costituzionale della normativa.

La disposizione è stata oggetto di numerose interpretazioni da parte della dottrina più autorevole. In generale, si osserva<sup>57</sup> che la disposizione in esame non dovrebbe essere interpretata come attributiva alla giurisdizione ordinaria a qualsiasi misura, di carattere amministrativo o di polizia, che determini una restrizione della libertà o dei diritti fondamentali, ma esclusivamente delle fattispecie in cui il cittadino sia stato privato di tale libertà oltre un termine ragionevole<sup>58</sup>.

In via analogica, la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* ha ritenuto, nonostante la disposizione in esame non riguardi in via diretta il diritto di proprietà, che il principio in esame possa applicarsi anche alle controversie inerenti alle privazioni della proprietà da parte della Pubblica Amministrazione<sup>59</sup>, sulla base della considerazione della peculiare rilevanza del valore della proprietà pri-

56 AMSELEK, *cit.*, p.818

57 CHAPUS, *cit.*, p.628.

58 Cfr al riguardo *Conseil Constitutionnel*, 28 luglio 1989, *Police des étrangers*, p.81, in *Revue française de droit administratif*, 1989, p. 689 con nota di GENEVOIS, secondo cui la disposizione costituzionale in esame è rispettata da disposizione che preveda l'attribuzione alla giurisdizione del

giudice ordinario delle detenzioni amministrative degli stranieri che si prolunghino oltre un termine massimo di 24 ore; al contrario, è stata ritenuta illegittima la previsione di un termine di una settimana: cfr *Conseil Constitutionnel*, 9 gennaio 1980, *Immigration clandestine*, p. 29, in *Actualité juridique*, 1980, p. 356.

59 Cfr *Conseil Constitutionnel*, 23 dicembre 1985, *Servitudes en matière de television*, p. 78, in *Actualité juridique*

vata, e della necessità di fornire una tutela omogenea (e, come si potrà osservare, si tratta di tematica strettamente connessa all'impossessamento irregolare o alla via di fatto).

Ipotesi speculare a quelle esaminate in precedenza sono costituite dai casi di *espressa attribuzione legislativa* di determinati settori al giudice amministrativo. Il problema presenta una singolare similarità con quello, analizzato in precedenza, dei limiti alla discrezionalità del legislatore affrontati dalla sentenza 204 del 2004 della Corte Costituzionale.

Deve essere, al riguardo, notato che (a differenza di quanto si verifica nel nostro ordinamento) secondo la stessa dottrina francese<sup>60</sup> l'attribuzione specifica di materie a favore del giudice amministrativo ha carattere sostanzialmente sporadico. Tale circostanza è agevolmente spiegabile se si considera che, nell'ambito del diritto francese, lo spazio per la giurisdizione del giudice amministrativo è sicuramente più ampio che nel nostro, operando in modo particolarmente rigoroso il principio della separazione dei poteri (in quanto, come visto, per le controverse inerenti le attività connesse all'esercizio di una potestà pubblica si prescinde dalla valutazione in ordine alla sussistenza di un interesse legittimo).

Al contrario, hanno carattere abbastanza frequente i casi di attribuzione normativa di competenze al giudice civile.

Tra le stesse, oltre a disposizioni di carattere non omogeneo, può dirsi che, come visto, la maggior parte possa direttamente ricollegarsi a fattispecie in cui la attribuzione al giudice ordinario è giustificata dal rispetto di quel citato principio di rilevanza delle fattispecie che vedano la necessità di conferire al giudice civile il ruolo di guardiano della libertà e della proprietà.

Abbiamo visto come una delle fattispecie di *voie de fait* consista nelle ipotesi di attività esecutiva effettuata in deroga delle fattispecie previste, ovvero in carenza dei requisiti imposti dalla legge.

La *voie de fait* viene definita tradizionalmente come “*atteinte grave a la propriété privée, constituant une emprise)ou à une liberté fondamentale, acte manifestement et gravement illegal résultant d'une dénaturation de l'action administrative*”<sup>61</sup>, ovvero “*irrégularité manifeste portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique, commise par l'administration dans l'accomplissement d'une opération matérielle d'exécution*”.<sup>62</sup>

Si deve rilevare che il problema delle vie di fatto interferisce solo parzialmente con quello dell'inesistenza dell'atto amministrativo, in quanto è una fattispecie che presuppone e può essere applicata ai soli casi di attività materiale, comunque esecutiva di un provvedimento (reale o supposto), non assumendo rilevanza, invece, la mera attività provvedimentale.

60 Id., p.627.

61 ROQUETTE, *cit.*, p. 341.

62 CORNU, *cit.*, p.883.

Nel caso di atto inesistente, invece, la giurisdizione ha carattere promiscuo<sup>63</sup>, in quanto, oltre alla possibilità di impugnazione innanzi al giudice amministrativo (anche in mancanza del rispetto dell'onere di tempestiva proposizione), l'inesistenza può essere accertata in via incidentale dal giudice civile, non trattandosi di mera annullabilità.

In ciò, si noti, sussiste un'importante differenza rispetto al riparto di giurisdizione vigente nel nostro paese, in cui la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo presuppone, comunque, l'esercizio di un potere amministrativo, sia pure invalido.

Deve essere evidenziato, in particolare, che la via di fatto si risolve in una delle ipotesi in cui è dato riscontrare l'estensione della giurisdizione del giudice ordinario.

È, pertanto, possibile osservare che già in via preliminare sussiste una importante differenza tra la concezione delle vie di fatto elaborata nel diritto francese e quella propria del nostro ordinamento giuridico.

In effetti, nell'ordinamento transalpino la creazione giurisprudenziale in esame ha avuto, soprattutto, la finalità di derogare a quella rigida applicazione del principio di separazione dei poteri, che avrebbe determinato la paradossale soluzione di riconoscere la sussistenza della giurisdizione amministrativa in situazioni in cui la presenza di un esercizio di un potere amministrativo sarebbe stata solo apparente. Nell'ambito del sistema di riparto della giurisdizione delineato nel nostro ordinamento, invece, la nozione è stata introdotta proprio con l'inverso obiettivo, da parte della giurisprudenza, di escludere o limitare la tutela del privato rispetto alla cognizione dell'attività della Pubblica Amministrazione.

In Francia, l'esistenza di una via di fatto determina, come conseguenza pura e semplice, la pienezza della giurisdizione del giudice ordinario, che non solo può ordinare alla stessa amministrazione di cessare immediatamente dalla condotta illegittima, ma che consente allo stesso privato di adire la stessa amministrazione procedente al fine di ottenere una ingiunzione diretta alla prevenzione della condotta in esame.

La giustificazione a tale pienezza di sindacato è agevolmente spiegabile, se solo si pensa che a seguito dell'esercizio di una attività ormai priva di quegli elementi che possono contraddistinguere la stessa quale amministrativa, difettano le stesse ragioni che sono poste alla base dei privilegi tradizionalmente riconosciuti in favore dell'amministrazione.

Primo requisito, come visto, è la sussistenza di un attentato alla proprietà o alla libertà individuale che rivestano il requisito della gravità, ovvero che determinino una sostanziale privazione del diritto in esame.

Ulteriore requisito è dato dal riferimento alla proprietà o alla libertà fondamentale, con la necessaria attività esegetica volta a determinare in quali casi si possa riscontrare tale situazione.

63 DE LABAUDERE- VENEZIA-GAUDEMET, cit, p.638. I casi di inesistenza vengono fatti consistere, oltre che nell'ipotesi estrema di atto materialmente inesistente, in quello di

provvedimento non previsto da alcuna disposizione di legge ovvero nell'usurpazione di poteri da parte di soggetto estraneo all'amministrazione.

Se non sorgono problemi con riferimento al diritto di proprietà (che, come abbiamo avuto modo di anticipare, risulta rientrare nell' oggetto della via di fatto, a differenza di quanto accade con riferimento alla occupazione irregolare, anche nel caso in cui abbia ad oggetto un bene mobile), la dottrina ha compiuto particolari sforzi per poter discernere le vere e proprie libertà fondamentali, tutelate dalla Costituzione, rispetto ai semplici diritti soggettivi, la cui violazione, se determina una responsabilità della Pubblica Amministrazione per l' illecito compiuto, non comporta anche il mutamento in ordine alla giurisdizione di competenza.

Al riguardo il problema si è posto, soprattutto, con riferimento ai diritti di libertà economica che siano condizionati da un atto di carattere concessorio della Pubblica Amministrazione. Sul punto, la giurisprudenza prevalente<sup>64</sup> ha escluso che, di norma, l' attività in esame possa qualificarsi come lesiva di una libertà fondamentale.

Deve essere precisato che sono, solitamente, ricomprese pacificamente nell' ambito delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione la libertà di circolazione<sup>65</sup>, l' esclusività del domicilio e, infine, la sicurezza e libertà personale, intesa come diritto alla preclusione a illegittime restrizioni della libertà<sup>66</sup>.

L' attentato in esame deve, poi, essere contraddistinto dal requisito della irregolarità, il che si verifica allorché l' amministrazione procedente esegua provvedimento non formalmente adottato o in mancanza di una previsione normativa che ne autorizzi l' esecuzione (*manque de droit*). Più precisamente, in realtà, l' ipotesi in questione, nella fattispecie di inesistenza di decisione da eseguire, può rivolgersi sia nella situazione che si venga a verificare allorché l' atto amministrativo, di cui si debba procedere all' esecuzione, sia del tutto inesistente, sia a quello in cui il provvedimento in esame, pur emanato, sia stato, in precedenza, annullato dal giudice amministrativo.

Più dubbia è, invece, l' esistenza di una terza ipotesi di via di fatto, che si verrebbe a riscontrare allorché la stessa amministrazione agisca *sine titulo* in quanto, pur esercitando un determinato potere per la finalità prescritta, non adotti le formalità essenziali (*manque de procédure*).

Sul punto, è chiaro che si riscontra una difficile coesistenza con la tematica della occupazione irregolare<sup>67</sup>, in quanto ove l' oggetto della attività esecutiva sia identico, potremo rilevare l' esistenza di una via di fatto solo ove si ritenga che l' adozione di un provvedimento formale si ponga quale requisito essenziale per la validità dell' esercizio di tale attività.

Ulteriore requisito per la configurabilità della *voie de fait*, come richiesto

64 Tribunal des conflits, 4 luglio 1991, *Association MJC Boris Vian*, p.697, in *Actualité juridique*, 1991, IV, p.391.

65 Il Conseil Constitutionnel, con sentenza resa il 3 settembre 1986 ha, peraltro, escluso che rientrino in quest' ambito i provvedimenti concernenti la circolazione degli stranieri sul territorio nazionale, rientrando nel diritto dello Stato la definizione dei requisiti per l' ingresso nel territorio nazionale, con conseguente esclusione della

competenza dell' autorità giudiziaria.

66 FINES, *L' autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence constitutionnelle*, in *Revue française de droit administratif*, 1994, p. 593 ss.

67 Per i confini tra le due fattispecie cfr AUBY, *Emprise irrégulière et voie de fait*, in *Semaine juridique*, 1955, I, n. 1259.



dalla giurisprudenza, è dato dalla circostanza che l'irregolarità in esame deve essere manifesta e flagrante (*irregularité grossière*).

Il requisito in esame ben può apprezzarsi, se si considera che, in effetti, l'esistenza di una attività materiale che presenti questi connotati determina una deroga agli ordinari criteri di riparto di giurisdizione, consentendo allo stesso giudice ordinario di sindacare in via diretta eventuali vizi dell'azione amministrativa.

La giurisprudenza della Cassazione francese e del Tribunale dei conflitti ha, peraltro, subito una profonda evoluzione, assimilabile alle problematiche che, nella giurisprudenza italiana, ha determinato il passaggio dalla carenza di potere in astratto alla carenza di potere in concreto.

Inizialmente, in effetti, ai fini dell'inserzione nelle vie di fatto veniva richiesto che l'amministrazione procedente avesse posto in essere una attività "manifestement insusceptible de se rattacher a l'application d'un texte législatif ou réglementaire"<sup>68</sup>.

Ciò che era, in sostanza, richiesto, era la presenza di una attività amministrativa che determinasse una restrizione della libertà individuale in fattispecie in cui, invece, veniva richiesta l'esistenza di un provvedimento di spettanza dell'autorità giudiziaria che determinasse una maggiore garanzia per l'interessato.

Successivamente, a seguito di un mutamento di giurisprudenza della Corte di Cassazione e, poi, del Tribunale dei Conflitti, non fu più richiesto che l'atto esorbitasse dai poteri dell'amministrazione, ma ci si accontentò che la stessa avesse agito in carenza dei presupposti che legittimavano l'emanazione del determinato provvedimento<sup>69</sup>.

La dottrina<sup>70</sup> ha, peraltro, fortemente criticato tale opzione interpretativa che privilegia, rispetto alla valutazione tradizionale del tipo di potere conferito, quello della finalità esercitata, in quanto si è osservato che si tratta di opzione interpretativa che rischia di complicare inutilmente il precedente orientamento, ampliando a dismisura i casi, riconosciuti, di via di fatto, non consentendo di distinguerlo dalla mera illegalità.

E' altresì, da precisare che la configurazione della via di fatto deve altresì tenere conto della teoria della dottrina francese relativa alle circostances *exceptionnelles*, in quanto l'illegalità della attività realizzata da parte della Pubblica Amministrazione potrà risultare più o meno manifesta anche considerando che determinate modalità di esecuzione o di esternazione, ammissibili ove venga in considerazione l'esistenza di particolari motivi di necessità o di urgenza, potrebbe non risultare tale in altre circostanze e sconfinare, pertanto, nell'ambito della irregolarità manifesta.

68 Tribunal des conflits, 11 febbraio 1947, Perrin, p. 501, in *Recueil Dalloz*, 1947, p. 134.

caso di una prefettura che aveva ritirato il passaporto a soggetto debitore di imposta né condannato né perseguito legalmente.

69 Tribunal des Conflits, 9 giugno 1986, *Eucat*, p. 301, in *Actualité juridique*, 1986, p. 428 che intervenne sul

70 CHAPUS, *cit.*, p. 643.



La conseguenza, dal punto di vista della competenza giudiziaria, della configurazione di una via di fatto, è che il giudice civile ha (in alternativa allo stesso giudice amministrativo) pienezza di poteri con riferimento alla sindacabilità dell'inesistenza del provvedimento in esame; inoltre, può assumere tutte le misure necessarie a determinare la cessazione dell'illecito; è competente, inoltre, con riferimento alla possibilità di determinare la reintegrazione per equivalente del danno subito dal privato.

Ipotesi specifica di *voie de fait* è dato dall'ipotesi in cui l'amministrazione abbia eseguito coattivamente il provvedimento al di fuori della possibilità in cui l'esecuzione di ufficio sia ammessa, il che si verifica in tre ipotesi: nel caso in cui lo stesso legislatore abbia attribuito la competenza a provvedere a determinate amministrazioni e, nello stesso tempo, abbia comminato la possibilità per le stesse di eseguirli coattivamente; nel caso in cui non risultino, a favore della Pubblica Amministrazione, altre modalità che consentano la possibilità di realizzare in via coattiva la volontà provvedimentale quali, ad esempio, l'esistenza di una sanzione di carattere penale, ovvero di una specifica procedura o altro mezzo giuridico (si pensi agli strumenti di carattere civilistico nei confronti dei soggetti comunque legati alla Pubblica Amministrazione da un rapporto di carattere contrattuale); e, infine, allorché sussistano delle ragioni di necessità o urgenza, o di grave pericolo, o di estrema urgenza (le menzionate espressioni concernono, in realtà, ipotesi sostanzialmente assimilabili) che precludano il ricorso ai mezzi ordinari di esecuzione.

Anche in presenza di uno di questi requisiti, l'esecuzione d'ufficio da parte della Pubblica Amministrazione è ammessa solo nei casi in cui sia regolata da una specifica disposizione normativa; che sussista una resistenza, anche se meramente passiva, o quantomeno una inerzia dell'interessato; che, infine, gli strumenti di coazione siano utilizzati nei soli limiti in cui siano necessari ad assicurare lo scopo cui sono preordinati, ovvero l'esecuzione della attività amministrativa.

In carenza di taluno di questi requisiti, l'utilizzo della esecuzione d'ufficio è qualificabile come *voie de fait*, con conseguente sindacato dello stesso giudice ordinario e, in secondo luogo, responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni cagionati.

Si noti, con riferimento alla situazione italiana, che la legge 15/2005 all'art. 21-ter introduce un'importante innovazione, in quanto statuisce che le Pubbliche Amministrazioni possano imporre coattivamente agli interessati l'adempimento di obblighi di fare solo nei casi espressamente previsti dalla legge. La novella della legge sul procedimento amministrativo dovrà, peraltro, essere oggetto di un'accurata opera di interpretazione da parte della giurisprudenza. Sarà, infatti, necessario puntualizzare i limiti in cui l'eventuale esorbitanza dai presupposti normativi determini una illegittimità della condotta dell'amministrazione, con conseguente possibilità di richiedere il risarcimento del danno ma pur sempre nell'ambito della giurisdizione amministrativa, oppure una radicale inesistenza dell'esercizio del pubblico

potere, con possibilità di conseguire la tutela reintegratoria da parte dello stesso giudice ordinario.

La dottrina transalpina ha avuto modo, in più occasioni, di analizzare la problematica della definizione della *emprise irrégulière*.

In particolar modo, si deve osservare che la definizione fornita dalla giurisprudenza è quella di una “*occupation ou dépossession immobilière, temporaire ou définitive, totale ou partielle, licite ou illicite d’un bien immobilier*”.

La problematica dell’occupazione irregolare presenta questioni meno rilevanti rispetto a quelli della *voie de fait*, in quanto meno problematica è la definizione di carattere generale e meno importanti sono gli effetti ai fini del riparto di giurisdizione.

La nascita di tale figura deriva da una serie di disposizioni attributive della giurisdizione in tema di diritti di proprietà: il primo esempio, in tema di espropriazione, è dato dalla l. 8 marzo 1810, che attribuì al giudice ordinario, tendenzialmente più portato alla tutela dei diritti fondamentali, la giurisdizione in tema di accertamento della regolarità della procedura espropriativa e di corresponsione dell’indennizzo.

In particolar modo, si deve rilevare che la giurisprudenza<sup>71</sup> ha ritenuto di qualificare le norme in questione come eccezionali, e, quindi, insuscettibili di applicazione analogica, rispetto al più generale principio di separazione dei poteri.

Di conseguenza, mentre è pacificamente ammessa la spettanza alla competenza dell’autorità giudiziaria delle controversie inerenti la determinazione dell’indennità dovuta, si ritiene che il giudice civile non abbia alcun potere sulla verifica della spettanza della stessa, a meno che non si tratti di diritto di credito nascente direttamente ed in modo vincolato dalla stessa norma. La giustificazione di tale principio deriva, in sostanza, dalla circostanza che le questioni sulla validità, nonché sull’interpretazione, dell’atto amministrativo, sono questioni pregiudiziali che, in quanto tali, non possono ricevere apprezzamento se non dal giudice amministrativo.

I tratti costitutivi del fenomeno in esame vengono fatti consistere<sup>72</sup>, innanzitutto, nell’essenza dell’oggetto di apprensione, che deve consistere in un diritto di proprietà immobiliare (e non già in un semplice diritto reale); che il privato abbia sofferto uno spossessamento dell’immobile (non essendo, invece, sufficiente una semplice molestia portata all’esterno)<sup>73</sup>; che esso sia, ad ogni modo, imputabile alla stessa Pubblica Amministrazione.

---

71 Tribunal des conflits, 16 novembre 1964, *Clement*, p. 796, in *Actualité juridique*, 1965, p. 221, con nota di PUYBASSER; *Conseil d’Etat*, 9 luglio 1965, Voskresensky, p. 419, in *Actualité juridique*, 1965, p. 603 con nota di FOURNIER; *Conseil d’Etat*, 22 aprile 1966; *Tochou et Mory*, p. 279, in *Recueil Dalloz*, 1966, p. 504 con nota di DRAN.

72 DE LABAURDERE- VENETIA-GAUDEMET, *cit.*, p. 409 ss.

73 Cfr Tribunal des Conflits, 12 maggio 1977, *Gagne*, 459.

Con riferimento all'influenza sul riparto di giurisdizione, la giurisprudenza francese fino al 1960 riteneva che, in virtù delle citate disposizioni in materia di attribuzione all'autorità giudiziaria delle azioni a difesa della proprietà, la giurisdizione in materia dovesse ritenersi attribuita in ogni caso alla giurisdizione del giudice ordinario; successivamente a tale data, invece, si ritenne<sup>74</sup> di distinguere tra occupazione regolare ed irregolare (salvo che specifiche norme attribuissero la competenza al giudice amministrativo), con conservazione delle competenze dei tribunali amministrativi nella prima fattispecie.

Deve essere, altresì, precisato che la competenza in esame è ristretta alle sole conseguenze pecuniarie dell'illecito spossessamento (comprensivo di indennità e spese); d'altro canto, la giurisdizione civile, se può disporre la corresponsione delle citate indennità, non ha, invece, il potere di ordinare alla Pubblica Amministrazione di far cessare la condotta apprensiva né, per di più, può sindacare essa stessa la legittimità degli atti amministrativi presupposti, che dovranno, pertanto, essere annullati dal giudice amministrativo.

Al di là del lato definitorio devono essere precisate le circostanze in cui è sorta la teoria dell'*emprise*. In effetti, la teoria in esame ha fornito una prima forma di tutela avverso gli atti della Pubblica Amministrazione consentendo un sindacato in materia al giudice ordinario, e pertanto è stata accolta con particolare favore dalla dottrina<sup>75</sup> coeva. Deve essere precisato, al riguardo, che se, da un lato, la possibilità di sindacato da parte del giudice ordinario è limitato alla totalità delle conseguenze economiche dell'occupazione, dall'altro ci si è posti il problema dell'utilità della sopravvivenza della teoria in esame dopo l'introduzione delle teorie delle vie di fatto.

In giurisprudenza può riscontrarsi un sostanziale apprezzamento delle posizioni dottrinali registrate sul punto, in presenza, comunque, di una maggiore cautela (come si è già avuto modo di verificare) in tema di applicazione dei principi posti dalla normativa del 7 febbraio 1933 sugli attentati alla libertà individuale.

L'elaborazione compiuta da parte della giurisprudenza francese in tema di vie di fatto consente, a questo punto, di fornire una prima risposta all'interrogativo sulla possibilità di riscontrare analogie tra la nozione francese di *voie de fait* (e di occupazione irregolare) quale ipotesi di esclusione della giurisdizione del giudice amministrativo e quella di comportamento esorbitante dal potere amministrativo presente nella citata sentenza della Corte Costituzionale.

Si tratta di valutazione che, per di più, dovrà essere compiuta anche tenendo conto dei citati interventi del Consiglio di Stato in tema di giurisdizione nell'ipotesi di occupazione illegittima compiuta dalla Pubblica Amministrazione.

Sembrerebbe, comunque, che nella sentenza 204 del 2004 della Corte

<sup>74</sup> La sentenza che inaugurò il mutamento di giurisprudenza è Conseil d'Etat, 15 febbraio 1961, *Werquin*, in *Revue du droit publique*, 1961, p.321.

<sup>75</sup> *Id.*, p.638.

Costituzionale possa riecheggiare quanto comminato dalla giurisprudenza francese in tema di tutela della libertà e dei diritti fondamentali, con conseguente possibilità di ritenere ammissibile solo in via eccezionale una attribuzione al giudice amministrativo della questioni inerenti diritti fondamentali.

Resta, comunque, da verificare l'esattezza di una tale conclusione nell'ambito di un ordinamento, quale quello italiano, che già aveva, in realtà, proceduto ad una autonoma elaborazione giurisprudenziale in ordine alla spettanza di determinate controversie alla giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo.

È, ad esempio, ravvisabile nella sentenza 204 del 2004 quel medesimo, problematico rapporto tra il principio della separazione dei poteri e quello di legalità dell'amministrazione, con riferimento alla possibilità di sindacato del giudice ordinario sugli atti non solo illegittimi ma, addirittura, abnormi.

L'aspetto più rilevante, rispetto alla sentenza 204 del 2004, è data dall'indubbia presenza di una disciplina, nell'ambito del diritto francese, che commina in modo espresso l'intangibilità del potere amministrativo da parte del giudice ordinario.

Diverso è il problema nel nostro ordinamento, in quanto deve ritenersi che la espressa previsione, nella Costituzione, di un principio di riserva al giudice amministrativo della cognizione sugli interessi legittimi, aiuti a definire il problema in modo parzialmente diverso.

In conclusione, può essere rilevato che, quantomeno con riferimento alla giurisdizione esclusiva, si può, in effetti, riscontrare una assimilazione tra la soluzione frutto dell'intervento ( congiunto) della

Sentenza 204 del 2004 e del Consiglio di Stato e l'evoluzione della giurisprudenza francese.

Infatti, con riferimento alla giurisdizione esclusiva, il diritto vivente ha, ormai, adottato il principio che, ferma restando la discrezionalità ( non, ovviamente, l'arbitrio) del legislatore nelle elaborazione delle fattispecie in cui prevederla, debbano ravvisarsi delle ipotesi in cui l'attrazione alla giurisdizione esclusiva è del tutto preclusa.

La medesima considerazione appare tanto più fondata e rilevante se si valuta l'impatto sulla giurisdizione esclusiva della legge 15/2005 che, nel riformare il procedimento amministrativo, ha, altresì, all'art. 21- septies, definito una serie di ipotesi di nullità dell'atto amministrativo, enumerando le stesse quali: la carenza degli elementi essenziali, il vizio di difetto assoluto di attribuzione, l'adozione in violazione o elusione di giudicato, i casi di espressa previsione normativa<sup>76</sup>.

In queste fattispecie<sup>77</sup> (al di là dell'ipotesi di violazione del giudicato, che

---

<sup>76</sup> Tale problematica è trattata in modo particolarmente approfondito da PONTE, *Invalitità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della legge n.15/2005*, Milano, 2006.

<sup>77</sup> Si veda sul punto CARUSO, *Svolta per le regole sull'invalità formale*, in *Guida al diritto*, 10/2005, p.75.

è, in ogni caso, ricondotta alla giurisdizione del giudice amministrativo al solo fine di consentire l'esperimento del giudizio di ottemperanza), è del tutto evidente che, di fatto, l'azione promossa dal privato è rivolta avverso un esercizio di un potere pubblicistico, sia pure viziato, e non avverso un mero comportamento della Pubblica Amministrazione.

Ne deriva che si ricade sotto la copertura della sentenza 204, in quanto ciò che viene lamentato è, pur sempre, un vizio invalidante che si riferisce ad un pubblico potere effettivamente esistente: non sarà precluso, al legislatore, di attribuirne la cognizione ai Tribunali Amministrativi Regionali.

In giurisprudenza il tentativo di ipotizzare un parallelismo rispetto alla salvaguardia dei diritti fondamentali ha avuto riscontro in una serie di pronunzie<sup>78</sup>, che hanno ipotizzato, pur in presenza di un potere amministrativo, la sussistenza di una serie di diritti comunque intangibili da parte della Pubblica Amministrazione, con la conseguenza che il privato potrebbe, in caso di urgenza, sempre rivolgersi al giudice ordinario per imporre un *facere* idoneo alla tutela di tale posizione soggettiva (la giurisprudenza si riferisce, per lo più, alla tutela del diritto alla salute con riguardo alla protezione da immissioni nocive ovvero alla fornitura di cure mediche presso strutture private, o, ancora, alla fornitura di medicinali non compresi nel prontuario del SSN).

Tuttavia tale orientamento appare criticabile in quanto ipotizza la possibilità che, pur in presenza di un potere amministrativo legittimo e fondato, sussistano posizioni del tutto impermeabili ed intangibili.

Del resto, la posizione del privato in tali evenienze appare pienamente tutelabile anche innanzi al giudice amministrativo, soprattutto a seguito della riforma della tutela cautelare, ed appaiono, quindi, infondate le stesse finalità di tali teorie.

Nel caso, poi, di via di fatto posta in essere dall'Amministrazione, non appare neppure necessario che la stessa incida su posizioni soggettive intangibili, in quanto l'esorbitanza dai poteri amministrativi legittimi è, di per sé, sufficiente a radicare la giurisdizione del giudice ordinario.

Rispetto all'occupazione irregolare, invece, quantomeno nella giurisprudenza del Consiglio di Stato sembra prevalere l'idea che l'irregolarità della apprensione non determini una eccezione alla giurisdizione del giudice amministrativo, ove la stesso abbia carattere di esclusività.

Deve essere, infine, aggiunto che, in una prospettiva *de iure condendo* (ma che si riferisce, in realtà, a processi evolutivi già in atto) proprio il riferimento all'*acte de puissance* può delimitare la nozione di attività soggetta alla giurisdizione del giudice amministrativo. Deve essere rilevato, in effetti, che i criteri di riparto presenti nella Costituzione (la dicotomia diritto/interesse e le ipotesi di

78 Cfr *ex plurimis* Cass. sezione III, sentenza del 27 febbraio 2000, n. 9893; Trib. Milano, ordinanza del 7 ottobre 1999 in *Foro Italiano*, 2001, I, c. 141;

SSUU, sentenza 20 febbraio 1992, n. 2092, *ibidem*, 1992, I, 2123; Cass.; sezione III civile, sentenza del 27 luglio 2000, n. 9893, *ibidem*, 2001, I, c.141.

giurisdizione esclusiva) sono, allo stato, influenzati in modo sensibile non solo dalla mutevole giurisprudenza nazionale, ma anche dall'influsso comunitario che (si pensi alla sentenza 500/99) tende ad obliterare la figura dell'interesse legittimo, presente solo nel nostro ordinamento.

Una volta che se ne sia ammessa la piena risarcibilità, in effetti, può suscitare perplessità la conservazione di tale situazione ( non più pienamente distinguibile dal diritto soggettivo) quale elemento discretivo del riparto di giurisdizione.

Pertanto, in piena conformità alla previsione del dettato costituzionale (che consente, in presenza di una espressa normativa, di prescindere dal riferimento all'interesse legittimo sempre che, in base a quanto stabilito dalla Consulta, ci si trovi in presenza di un potere pubblicistico), può ipotizzarsi che, in un non remoto futuro, una codificazione compiuta del procedimento e del processo amministrativo specifichi l'attribuzione al giudice amministrativo delle controversie attinenti alle manifestazioni dei pubblici poteri, riservando, nello stesso tempo, il criterio di riparto basato sull' interesse legittimo alle sole fattispecie in cui , dato il profilo formalmente privatistico dell'emanante ( si pensi alla figura comunitaria degli organismi di diritto pubblico), non sia utilizzabile il criterio della qualificazione dell' attività, ma debba essere, in concreto, valutata la portata sostanziale dell'atto.

Avv.  
Filippo VERDE

## Appunti sulla chiamata in causa di terzo nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo

**P**er dirimere le perplessità che potrebbero sorgere relativamente alla chiamata in causa di terzo nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo occorre prendere le mosse dalla constatazione delle — ineccepibili e pacifiche — conclusioni cui si è giunti in tema di c.d. equiparazione dell’opponente al convenuto e dell’opposto all’attore: nel senso, intendiamo dire, che al di là della sostanzialmente equivoca, se pur tradizionale, espressione secondo cui l’opponente assumerebbe la qualità sostanziale di convenuto e l’opposto quella sostanziale di attore, nel giudizio di opposizione l’attore è colui che ha originariamente azionato la propria pretesa (con il ricorso per ingiunzione), ed il convenuto è colui che, destinatario dell’ingiunzione, intenda contestarla (con la citazione in opposizione).

Insomma, sarebbe bene prendere le mosse dalla considerazione che le espressioni tradizionalmente impiegate non possono superare la impostazione testè detta ( ): nel giudizio di opposizione l’opponente è il convenuto e l’opposto è l’attore; e ciò è tanto vero che si esclude la ammissibilità di domande riconvenzionali proposte dall’opposto (in quanto, appunto, attore: la sua domanda è quella già spiegata nel ricorso per ingiunzione) e per converso si ritiene pacificamente che domande riconvenzionali possano essere proposte dall’opponente ( ), in quanto convenuto nel giudizio (ordinario di cognizione) di opposizione; insomma, la vera caratteristica del giudizio di opposizione — prescindendo dal contenuto e dalla “presenza” del decreto ingiuntivo — è che esso si instaura ad iniziativa (che costituisce un dato meramente formale) dell’opponente; una volta instaurato, comunque, l’opponente è, dal punto di vista della regolamentazione del rapporto dedotto in giudizio, il soggetto contro il quale la domanda giudiziale, quella che costituirà oggetto della sentenza, è stata proposta. Ed è tanto vero che l’atto di opposizione, in quanto in realtà comparsa di risposta ( ), deve ritenersi assoggettato alle preclusioni oggetto delle modifiche apportate con le leggi 353/1990 e 80/2005 ( ).

D’altro canto, mentre deve escludersi la natura impugnatoria del giudizio di opposizione, la funzione di quest’ultima, in coerenza con le caratteristiche di cui si diceva, è quella di dar luogo ad un ordinario giudizio di cognizione ( ) il cui oggetto consiste nell’accertamento della fondatezza o meno della pretesa fatta valere in sede monitoria ( ): tanto che, se l’accertamento sul credito è positivo, l’accoglimento della domanda seguirà indipendentemente dalla regolarità del procedimento monitorio o dalla sufficienza degli elementi probatori alla cui stregua l’ingiunzione fu emessa (con la ovvia eccezione del caso in cui i vizi del procedimento monitorio

comportino l'impossibilità della decisione sul merito).

Ma se è così, se cioè una volta proposta l'opposizione, anzi mentre si propone l'opposizione, si dà ingresso all'ordinario giudizio di cognizione in cui l'opponente è il convenuto perchè destinatario dell'originaria domanda formulata dal ricorrente per ingiunzione ( ), ci si dovrebbe innanzitutto chiedere perchè dubbi e discussioni si aprano allorchè si tratti di individuare la disciplina della chiamata in causa del terzo.

Ma conviene andare con ordine, esaminando dapprima l'ipotesi della chiamata in causa da parte dell'opposto, e quindi quella della chiamata da parte dell'opponente.

Per quanto riguarda l'opposto, la vera caratteristica sembra quella imposta, appunto, dalla "inversione" dell'iniziativa riferita al giudizio di cognizione, nel senso che, se il fenomeno non si verificasse, l'opposto, insomma l'attore, ben potrebbe convenire in giudizio chicchessia, salvo il ricorso dell'ipotesi di cui al terzo comma dell'art. 269 c.p.c. Gli è, invece, che l'altro soggetto è quello che prende (anzi: è l'unico che può prenderla) l'iniziativa del giudizio di opposizione, che pur costituisce un ordinario giudizio di cognizione. Così che l'ulteriore caratteristica della questione relativa alla chiamata da parte dell'opposto è che in realtà si prescinde appunto dal terzo comma dell'art. 269 cit., limitatamente alla prima parte dello stesso.

Si tratta dunque di scorgere come gli strumenti processuali generali possano adattarsi al particolare caso di un attore che tuttavia non è la parte, per dirla in breve, che ha spedito la citazione, anche se tale precisazione può apparire soltanto suggestiva, essendosi autorevolmente rilevato che il creditore è comunque un attore che ha già notificato il suo "atto di citazione" allorchè ha notificato il decreto ingiuntivo (e con esso il relativo ricorso) ( ).

La non nutrita giurisprudenza che si è imbattuta nella questione tende — a nostro avviso correttamente, alla stregua dei rilievi fin qui formulati — a risolvere la questione con applicazione appunto del terzo comma dell'art. 269, " con la conseguenza che la richiesta di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo deve essere esaminata in udienza nel contraddittorio delle parti, deve ricollegarsi in termini di consequenzialità alle difese dell'opponente e deve essere esaminata del giudice sulla base di una valutazione discrezionale, o non vincolata, quale quella prevista dall'art. 269 comma 2 c.p.c. " ( ); soggiungendosi se mai che " l'istanza di differimento della prima udienza proposta dal convenuto in opposizione nel procedimento per ingiunzione contestualmente alla chiamata di terzo ad opera dello stesso, tanto più in presenza di successive precisazioni, ben può interpretarsi come istanza di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo, ai sensi della disciplina ex art. 269 c. 3 c.p.c., da applicare alla fattispecie ( ).

Deriva però da tale ricostruzione, pur apparentemente esatta quanto alla premessa (se l'opposto è attore, gli si può applicare soltanto il terzo comma dell'art. 269



c.p.c.), l'omessa considerazione di quella non proprio insignificante particolarità di cui si diceva innanzi, e cioè che nel nostro caso l'attore non è, comunque, il soggetto ad iniziativa del quale il giudizio si instaura; e ciò tanto più rileva in quanto la differenziata disciplina di cui ai commi 2 (chiamata di terzo a parte del convenuto) e 3 dell'art. 269 è stata ritenuta non irrazionale e comunque rispettosa del principio di eguaglianza proprio in considerazione del momento processuale in cui le rispettive iniziative (chiamata di un terzo) vengono assunte: nel senso cioè che se l'attore, nell'atto introduttivo del giudizio, è libero di scegliere chi convenire in giudizio, identico potere deve riconoscersi al convenuto in sede del rispettivo atto introduttivo, che è la comparsa di risposta ( ).

Così che la integrale ed esclusiva applicazione dell'art. 269 nei confronti del creditore-attore farebbe rientrare dalla porta quella disparità di trattamento che era uscita dalla finestra della pronuncia testè richiamata, qualora si ritenesse parallelamente applicabile la norma citata (ma vedremo come nemmeno ciò sia possibile: sta di fatto che l'orientamento giurisprudenziale in esame nemmeno si è prospettato il problema) alla chiamata in causa da parte dell'opponente quale convenuto nell'ordinario giudizio di cognizione instauratosi.

Insomma, non sarebbe più vero il presupposto della legittimità costituzionale del combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 269, e cioè che l'attore (il creditore) avrebbe avuto intanto il potere di citare chicchessia.

Vero è, si potrebbe obiettare, che il creditore, in sede di ricorso per ingiunzione, ben sa che al decreto ingiuntivo potrebbe far seguito l'opposizione, con quel che ne segue in ordine al suo potere di citare chi volesse (oltre al debitore destinatario dell'ingiunzione): una sorta, cioè, di sanzione del tipo imputet sibi per aver scelto la procedura monitoria anzi che quella ordinaria. Ma si tratterebbe di un'obiezione tutt'altro che convincente, se non altro perchè inidonea a superare lo scoglio di quella premessa di cui si diceva in punto di legittimità costituzionale dell'art. 269, quanto meno all'interno del giudizio di opposizione (vedremo tra breve che la conclusione potrebbe essere altra: nel senso della inapplicabilità tout court della disciplina ex art. 269 al detto giudizio).

Non sembra azzardato convenire, allora, sulla conclusione che il terzo comma dell'art. 269 c.p.c., semplicemente, appare inapplicabile, almeno direttamente, al caso in esame.

Spostiamoci ora sull'altro versante, quello della chiamata in causa da parte dell'opponente che, si è detto, stila un atto di iniziativa (per il giudizio di opposizione) che è in realtà la comparsa di risposta del debitore-convenuto nei confronti del creditore-attore.

In proposito la giurisprudenza di merito, anche per tale risvolto non proprio nutritissima, si è orientata nel senso della facoltà per l'opponente di chiamare direttamente il terzo per la stessa udienza da lui fissata per la comparizione, senza dover chiedere né il differimento dell'udienza (così come statuito dall'art. 269 comma 2

c.p.c. per il convenuto) né l'autorizzazione alla chiamata del terzo secondo il modello previsto per l'attore dal comma 3 dello stesso articolo ( ), rilevandosi come alcuna norma vieti all'opponente di evocare nel giudizio quali convenuti in senso formale soggetti diversi od ulteriori rispetto alla parte che ha richiesto ed ottenuto l'ingiunzione ( ), e che " sarà se mai l'opposto, convenuto, a chiedere lo spostamento dell'udienza di prima comparizione ai sensi dell'art. 269 c.p.c., quando volesse chiamare altri ancora, senza peraltro necessitare — neppure lui — di autorizzazione alla chiamata, non più prevista nella disciplina novellata " ( ).

Insomma, si è individuato un regime in definitiva estraneo alla disciplina di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 269.

Altra minoritaria giurisprudenza di merito ( ) si è invece attestata sostanzialmente sulla posizione espressa in sede di legittimità, della quale dunque dobbiamo iniziare l'esame.

Orbene, il solo precedente di legittimità rinvenibile sull'argomento, e segnatamente in tema di chiamata da parte dell'opponente, si fonda sulla premessa (sulla quale peraltro non insiste la motivazione) che solo tra opponente ed opposto possano identificarsi le parti originarie del giudizio di opposizione, e più precisamente che l'ingiunto possa citare in opposizione il solo creditore che ha conseguito il decreto ingiuntivo.

Premessa, questa, di certo avvalorata già dalla lettera dell'art. 645, laddove — e siamo appunto in sede di individuazione delle parti originarie del giudizio di opposizione — si prescrive la forma dell'atto di citazione notificato al ricorrente, e laddove non si scorge perchè un terzo, fino ad allora estraneo alla vicenda processuale tra opponente ed opposto, potrebbe essere direttamente citato dall'opponente sopportando la falcidia del termine di comparizione di cui al terzo comma dello stesso articolo.

La massima della sentenza ( ), assai fedele alla motivazione, suona come segue: " In tema di procedimento per ingiunzione, per effetto dell'opposizione non si verifica alcuna inversione della posizione sostanziale delle parti nel giudizio contenzioso, nel senso che il creditore mantiene la veste di attore, l'opponente quella di convenuto, ciò che esplica i suoi effetti non solo nell'ambito dell'onere della prova, ma anche in ordine ai poteri ed alle preclusioni di ordine processuale rispettivamente previsti per ciascuna delle due parti. Ne consegue che il disposto dell'art. 269 c.p.c., che disciplina le modalità della chiamata di terzo in causa, non si concilia con il procedimento instaurato tramite l'opposizione al decreto, dovendo in ogni caso l'opponente citare unicamente il soggetto che ha ottenuto detto provvedimento, non potendo le parti originariamente essere altri che il soggetto istante per l'ingiunzione di pagamento ed il soggetto nei cui confronti la domanda è diretta, così che l'opponente (cui è altresì preclusa, nella qualità di convenuto sostanziale, la facoltà di chiedere lo spostamento dell'udienza, nonché quella di notificare l'opposizione a soggetto diverso dal creditore procedente in ingiunzione) deve necessariamente chiedere al giudice, con lo stesso atto di opposizione, l'autorizzazione a chiamare in giudi-

zio il terzo al quale ritiene comune la causa sulla base dell'esposizione dei fatti e delle considerazioni giuridiche contenute nel ricorso per decreto ingiuntivo " ( ).

D'altro canto, osserva la Corte, il debitore, quale convenuto, non può fare direttamente ricorso all'art. 269, non potendo chiedere, nella sua qualità di convenuto sostanziale, lo spostamento dell'udienza (comma 2) in quanto non ancora fissata e non potendo soprattutto notificare l'opposizione a soggetto diverso da chi ha ottenuto il decreto ingiuntivo; non gli rimane che richiedere l'autorizzazione al giudice ed al riguardo il riferimento normativo, sia pure in via analogica, è lo stesso art. 269 comma 2 c.p.c. che disciplina l'ipotesi in cui l'interesse dell'attore sorga a seguito della comparsa di risposta del convenuto e che va coordinato con il particolare procedimento conseguente all'opposizione (nel caso di specie l'opponente aveva assolto a tale onere, chiedendo con l'atto di opposizione l'autorizzazione a chiamare in causa il terzo e reiterando, sia alla prima che alla seconda udienza, la richiesta che veniva poi accolta dal giudice).

L'accettazione di tale conclusione, alla quale non può pervenirsi se non per via della previa esclusione della diretta applicabilità dell'art. 269 c.p.c. al giudizio di opposizione (i motivi si son detti in precedenza) e se non previa esclusione del potere dell'opponente di citare altri che non il solo creditore (ricorrente nella fase monitoria), esclusione questa confortata dalla lettera delle disposizioni sul giudizio di opposizione, offre il pregio della tendenziale collocazione sullo stesso piano, quanto al potere di chiamata in causa di terzi, dell'opponente e dell'opposto: tanto il primo quanto il secondo potranno provvedere alla chiamata di terzo soltanto previa autorizzazione del giudice.

Anche sotto altro profilo può pervenirsi alla stessa conclusione.

Il continuo riferimento alla dicotomia, quanto ad esempio all'opponente, attore in senso formale — convenuto in senso sostanziale, è suscettibile, come si diceva nelle premesse, di ingenerare confusione, atteso che in sede di opposizione a decreto ingiuntivo il giudizio, che si svolge secondo l'ordinario rito di un giudizio di cognizione, alcuna altra caratteristica possiede se non quella che l'atto di impulso del processo è attribuito al soggetto che mai perde la caratteristica di convenuto tanto che, si è detto, il suo atto introduttivo deve considerarsi alla stregua della comparsa di risposta (rispetto alla pretesa originariamente azionata dal ricorrente per ingiunzione). Ed anche a tale ultimo proposito si rinviene una ulteriore conferma della premessa puntualizzata in sede di legittimità: se si tratta in definitiva di una comparsa di costituzione, le relative deduzioni e domande riconvenzionali non possono che essere riferite esclusivamente al creditore-attore, al quale soltanto può essere indirizzata la *vocatio in ius*, nel nostro caso attuata tecnicamente con una citazione, cioè con uno strumento coerente con l'intenzione e la fase dell'impulso processuale.

Ma se così è, se la iniziativa processuale costituita dalla citazione in opposizione non può che essere rivolta nei confronti del solo creditore-attore, ne deriva che

all'opponente non può applicarsi il secondo comma dell'art. 269 c.p.c., e ciò anche per l'ulteriore motivo che, nella sede in esame, non può chiedersi il rinvio di un'udienza non ancora fissata.

E così può tutt'al più pervenirsi, per l'opponente, alla applicazione analogica delle regole dell'art. 269 nel senso che si è prima detto.

Quanto all'opposto, l'applicazione avverrà sostanzialmente negli stessi termini: quand'anche dovesse constatarsi che anche nei suoi confronti, ed a questo punto per l'intero giudizio di opposizione, non risultasse direttamente applicabile il terzo comma dell'art. 269 c.p.c., l'applicazione analogica imporrebbe comunque la richiesta al giudice e la relativa autorizzazione, non dissimilmente, cioè, che per l'opponente, e così con la risoluzione delle ombre di incostituzionalità che altrimenti aleggerebbero sul regime come individuato.

Può, se mai, apportarsi un non irrilevante correttivo alla soluzione individuata in sede di legittimità, nel senso che, una volta constatata la diretta inapplicabilità dell'art. 269 al giudizio di opposizione più che alla parte opponente od a quella opposta, non dovrebbero ravvisarsi ostacoli per una applicazione analogica del terzo comma dell'articolo ad entrambe le parti — ciò sia detto con riferimento alla valutazione rimessa al giudice appunto dal terzo comma (e non dal secondo) — al fine della loro piena equiparazione, almeno quanto al potere di chiamata in causa di un terzo.

GIURISPRUDENZA  
CIVILE

**CASSAZIONE – SEZIONE SECONDA CIVILE –  
SENTENZA 21 MARZO – 28 APRILE 2005, N. 8837  
PRESIDENTE CORONA – RELATORE SCHERILLO  
PM FINOCCHI GHERSI – DIFFORME**

ricorrente Pecora (Avv. Pecora) c / Comune di Roma (cont.)

circolazione stradale – sanzioni – verbale – obbligo di motivazione – mancanza – illegittimità ( fattispecie in tema di uso del telefono durante la guida senza il prescritto auricolare).

*Il verbale redatto dai Vigili del Comune di Roma è atto amministrativo a tutti gli effetti e come tale dev'essere congruamente motivato, ai sensi degli artt. 1 e 3 L. 07/08/90 n° 241, soprattutto ove irroghi la sanzione all'automobilista, motivando nel verbale come impossibile l'immediata contestazione.*

## Omissis

### Svolgimento del processo

**C**on ricorso al Gdp di Roma l' Avv. Francesco Pecora proponeva opposizione al verbale di accertamento notificatogli in data 24 aprile 2001 dal Comune di Roma, con cui gli si contestava di avere, in data 4 dicembre 2000, fatto uso durante la guida di telefono non a viva voce, dichiarando l'impossibilità dei vigili urbani verbalizzanti di fermarlo nei modi regolamentari ai fini della contestazione immediata della violazione.

Deduceva l'opponente la mancanza di motivazione in ordine alla dichiarata impossibilità di immediata contestazione dell'illecito. Sosteneva, inoltre, che nella stessa ora e giorno egli si trovava altrove, e precisamente nel proprio studio, come risultava dai tabulati telefonici, che produceva, chiedendosi altresì l'ammissione di prova al riguardo.

Il Comune di Roma non si costituiva.

Con sentenza 2234/02 il GdP rigettava l'opposizione sul duplice rilievo che l'impossibilità di immediata contestazione risultava indicata nel verbale di accertamento e rientrava tra i casi previsti dall'articolo 384 lettera E del regolamento di attuazione del Cds, ed inoltre che il verbale redatto da pubblico ufficiale faceva fede sino a querela di falso, che l'opponente non aveva proposto.

Contro la sentenza l'Avv. Pecora ha proposto ricorso per cassazione per tre motivi. Nessuna attività difensiva ha svolto il Comune di Roma.

## Motivi della decisione

**1.1** – Col primo motivo si denuncia violazione di legge per avere il GdP ritenuto sussistente nel caso di specie una delle ipotesi di impossibilità di contestazione immediata indicate dall'articolo 384 lettera E del Regolamento di attuazione del Cds, benché il verbale di accertamento, a causa dell'estrema genericità dell'espressione usata dai verbalizzanti, non indicasse nessuna delle

ipotesi previste dalla norma regolamentare.

Col secondo motivo si denuncia l'erroneità della sentenza per avere attribuito fede privilegiata al verbale di accertamento, benché il Comune, rimasto contumace, non avesse provveduto al deposito degli atti, e senza consentire al ricorrente di dimostrare i fatti sostenuti, e cioè che egli, al momento dell'accertamento, non era presente sul luogo.

Col terzo motivo si deduce la nullità della sentenza per mancanza della lettura del dispositivo in udienza.

**1.2** – Per primo, in ordine logico, va esaminato il terzo motivo, il quale è infondato. Si legge infatti nel verbale di udienza del 18 gennaio 2002 che il giudicante “decide come da separato dispositivo di cui dà lettura in udienza”.

**1.3** – Va ora esaminato il primo motivo, il quale merita, invece, accoglimento. In tema di violazioni del codice stradale questa Corte ha più volte affermato che la contestazione immediata imposta dall'articolo 201 Cds ha un rilievo essenziale per la correttezza del procedimento sanzionatorio e svolge funzione strumentale alla piena esplicazione del diritto di difesa del trasgressore. La limitazione del diritto di conoscere subito l'entità dell'addebito può trovare giustificazione solo in presenza di motivi che la rendano impossibile, i quali devono essere, pertanto, espressamente indicati nel verbale, conseguendone altrimenti l'illegittimità dell'accertamento e degli atti successivi del procedimento (ex plurimis: Cassazione 11184/01).

Nel caso di specie, nel verbale di accertamento notificato al ricorrente si legge che la contestazione immediata non è stata effettuata “per l'impossibilità di fermare il veicolo nei modi di legge”.

Tale espressione, che riproduce testualmente l'ipotesi astratta indicata alla lettera E dell'articolo 384 del regolamento di attuazione del Cds, non consente di conoscere la ragione concreta per la quale, nel caso di specie, non era stato possibile fermare il veicolo del ricorrente per procedere alla contestazione immediata. Manca, infatti, nel verbale qualsiasi riferimento, sia pure sommario, alle circostanze di tempo, di luogo e di fatto che resero impossibile la contestazione immediata da parte degli agenti verbalizzanti.

In accoglimento del motivo, la sentenza va, pertanto, cassata, ma senza rinvio perché, stante la nullità del verbale di accertamento, è possibile decidere anche nel merito accogliendo l'opposizione.

Resta assorbito il restante motivo di ricorso, attinente al merito.

Ricorrono giusti motivi per compensare tutte le spese.

#### PQM

La Corte accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata senza rinvio e, decidendo nel merito, accoglie l'opposizione compensando le spese.

## **Nota a sentenza**

**Perche' la Cassazione ha dichiarato nulli i verbali dei vigili urbani riportanti la dicitura "impossibilita' di fermarlo nei modi regolamentari".**

La sentenza de quo finalmente capovolge un assai più restrittivo orientamento giurisprudenziale con il quale i Giudici di Pace rigettavano le opposizioni ai verbali irroganti sanzione per violazioni al Codice della Strada in cui la motivazione dell'omessa contestazione era la dicitura standard "vista l'impossibilità di fermarlo nei modi regolamentari".

In effetti la contestazione immediata è un obbligo imprescindibile in tutti i provvedimenti sanzionatori amministrativi, al fine di consentire al sanzionando la possibilità di difendersi, maxime nelle sanzioni al Codice della Strada sui cui V.A.V. (Verbali Accertamento Violazione) è riportato lo spazio riservato alle "osservazioni del trasgressore".

In particolare la Cassazione ha riconosciuto che – essendo il V.A.V. redatto dal Vigile un atto amministrativo a tutti gli effetti – deve, nella fattispecie, essere ritenuto applicabile l'obbligo dell'osservanza dell'art. 3 L. 07/08/90 n° 241, sulla motivazione di tutti gli atti amministrativi.

Tale obbligo è sempre previsto perché la P.A. deve sempre esternare l'iter logico – giuridico seguito per emettere l'atto impugnato, al fine di permettere al Giudice di ricostruire il processo logico seguito dall'organo esecutivo per emettere l'atto amministrativo.

E qui si inserisce la nota vicenda della motivazione standard riportata su tutti i V.A.V. redatti dai Vigili Urbani, perché – a ben guardare – la motivazione "vista l'impossibilità di fermarlo nei modi regolamentari", appare quantomeno tautologica ed apodittica, visto che non si viene a spiegare il perché non era stato possibile fermare il trasgressore, dato che comunque – in subordine – non si viene a precisare quale sarebbero stati i "modi regolamentari" applicabili al caso concreto, di talché questa insufficiente motivazione viene a tradursi in una vera e propria omissione della stessa e quindi ricadente nella precisione dell'art. 3 L. 241/90.

Da ciò consegue la nullità di tutti i verbali redatti dalla Polizia Municipale riportanti tale motivazione apparente.

## **DOTTRINA**

**gli artt. 21 octies e 21 nonies l. 07/08/90 n° 241:  
un caso di serendipita' nel processo avanti al tar**

Lo scorso mese di Marzo 2005 ha visto l'entrata in vigore della L. 11/02/05 n° 15 concernente "norme generali sull'azione amministrativa" (il virgolettato è l'intitolazione testuale della legge). In effetti si tratta dell'ennesima legge, che dovrebbe snellire il procedimento amministrativo e rendere più celere il lavoro delle Pubbliche Amministrazioni.



E fin qui non ci sarebbe nulla di strano. Se non fosse per il fatto che il legislatore a forza di voler rendere più veloce l'emanazione degli atti amministrativo ha finito per ottenere un curioso fenomeno di serendipità nelle sentenze dei giudici dei TTAARR essendosi più che raddoppiate le decisioni di rigetto dei ricorsi.

Il termine serendipità in realtà è termine inglese utilizzato per la prima volta in Occidente dallo scrittore Orazio Walpole Conte di Oxford (1717 – 1797), che fece conoscere in Gran Bretagna la storia dei tre principi di Serendip (antico nome dell'isola di Ceylon) incaricati dal loro padre della ricerca del mitico vello d'oro e che (pur non trovandolo) nei loro viaggi risolvevano indovinelli e scioglievano problemi, di talchè oggi in lingua inglese il termine indica quella particolare fenomenologia in cui capita di trovare una cosa, mentre in realtà se ne cercava un'altra. Il più clamoroso caso di serendipità del XX secolo è quello del dottor Fleming (Alexander Fleming, non Ian Fleming lo scrittore inventore di 007 – James Bond), che facendo ricerche sulle spore dei funghi, scoprì la penicillina, mentre il più clamoroso caso di serendipità geografica è quello di Cristoforo Colombo che (cercando la via più breve per le Indie) scoprì l'America.

Ebbene, qui in Italia non si erano ancora visti casi di serendipità nel diritto amministrativo (a memoria di chi scrive), eppure gli articoli 21 octies e 21 nonies innestati dall'art. 14 L. 11/02/05 n° 15, nel tronco della L. 07/08/90 n° 241, inerente il procedimento amministrativo, hanno avuto l'effetto inaspettato di veder rafforzata l'azione amministrativa avendo portato al raddoppio delle sentenze di rigetto dei ricorsi proposti al TAR.



**Recita testualmente l'art. 21 octies:  
(Annullabilità del provvedimento).**

*1. E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.*

*2. 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.*

La norma de quo individua almeno 4 ipotesi differenti e precisamente:

- a)** fino al marzo 2005 i tradizionali vizi di legittimità (incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge) rendevano l'atto nullo, oggi solamente annullabile;
- b)** mentre fino al marzo 2005 la P.A. era obbligata al rispetto dei principi di stretta legalità ex artt. 97 e 98 Cost., oggi gli organi ed uffici pubblici possono impunemente violare le norme procedurali adottate nell'emanazione

dell'atto, senza che ciò sia motivo di sanzione da parte del T.A.R.;

c) allo stesso modo la P.A. può anche commettere nullità formali nell'emettere l'atto amministrativo, senza che ciò possa essere sanzionato dai giudici dei TTAARR;

d) fino al marzo 2005, l'obbligo di rispettare la garanzia contenuta dall'art. 7, L. 07/08/90 n° 241, inerente la comunicazione di avvio del procedimento, era considerato un obbligo irrinunciabile al fine di consentire al destinatario dell'atto di potersi difendere e di poter presentare proprie memorie, incardinando così un contraddittorio con la P.A.

### **Oggi nulla di tutto ciò è cogente per la P.A., perché:**

1) nelle ipotesi su b) e c) il 2° comma afferma che i suddetti obblighi si possono anche non rispettare in presenza di atti "vincolanti" (e qui già il termine sarebbe troppo generico, perché tutti gli atti incidenti su posizioni giuridiche che soggettive sono vincolati), i quali per questa natura rendano "palese" che la decisione adottata avrebbe potuto essere quella e solo quella e non un'altra. Orbene la norma viene ad essere incostituzionale per eccessiva genericità, dato che non si precisa chi, come e quando debba rendere "palese" il contenuto dell'atto e soprattutto diviene possibile stabilire che il contenuto dell'atto amministrativo impugnato avrebbe potuto essere quello (e soltanto quello) in concreto (adottato) solo con un giudizio a posteriori, applicando il principio giurisprudenziale che la Cassazione definisce della "prognosi postuma". Tuttavia tale dimostrazione può essere fatta solo in corso di causa dopo che la P.A. si sia costituita in giudizio: ma allora ciò comporta una lesione insanabile alla posizione processuale del ricorrente, il quale si trova a proporre ricorso "al buio", sollevando le proprie giuste eccezioni di nullità formali e procedurali e – viceversa – senza la possibilità di sapere prima gli effetti finali che l'atto amministrativo illegittimo andrà a produrre e, per di più, con l'ulteriore "spada di Damocle" rappresentata dal fatto che la P.A. (costituendosi in giudizio) potrebbe comunque eccepire che il procedimento incardinato per emanare il provvedimento finale sia sì viziato, ma che, in fondo, dopo tutto il provvedimento finale è conforme ai canoni di legittimità vigenti, con il risultato di rendere vana tutta la difesa del ricorrente.

E qui ci si riallaccia a quel particolare fenomeno di serendipità nel processo avanti al TAR prodotto dal legislatore perché già il TAR Bari, I Sez. con Sent. 08/06/05 n° 2836, pur avendo riconosciuto che l'atto amministrativo sottoposto al proprio giudizio era formalmente viziato, ha respinto il ricorso, accogliendo l'eccezione della parte pubblica, che dimostrò in corso di causa che il contenuto finale dell'atto poteva esser solo quello in concreto adottato. Anche il TAR Pescara con Sent. 13/06/05 n° 394 si è mosso su tale linea di pensiero, limitandosi a precisare che sia sufficiente dimostrare il perseguimento di un pubblico interesse da parte della P.A.

Il TAR Sardegna I Sez. con Sent. 25/05/05 n° 1170 si è spinto ad affermare che

anche l'atto amministrativo carente di motivazione è valido, a condizione che la P.A. dimostri l'assoluta vincolatività dell'atto finale emanato;

2) nell'ipotesi sub d) sopra esposta, si verifica oggi una gravissima lesione ai diritti della difesa del cittadino, perché quest'ultimo non è posto in condizione di partecipare al procedimento né di difendersi (stante la sopravvenuta non obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 L. 241/90, che avrebbe dovuto notificarsi al destinatario dell'atto), ma quel che è più grave è l'abolizione del divieto di integrazione della motivazione carente ab origine nell'atto amministrativo impugnato.

Infatti, da oltre un quarto di secolo la giurisprudenza del Consiglio di Stato prima e di tutti i TTAARR dopo è sempre stata conforme ed unanime nell'affermare l'obbligatorietà della motivazione dell'atto amministrativo non solo per consentire al giudice di ricostruire l'iter logico – giuridico seguito dalla P.A. per emettere l'atto impugnato, ma anche per consentire al cittadino colpito dal provvedimento di difendersi, dato che la mancanza di motivazione si traduce in una lesione al diritto di difesa, perché il ricorrente non sa il “perché” dell'emanazione dell'atto, né può conoscerlo senza la motivazione.

Orbene, con la L. 15/02/05 n° 15 nulla di tutto ciò è più vero, perché la P.A. può costituirsi in giudizio e fornire la motivazione mancante ab origine, come ha osservato TAR Salerno I Sez. 04/05/05 n° 769, sicché proprio per questo si parlava un fenomeno di serendipità nei processi avanti al TAR, causato da questa legge, perché oggi quasi tutti i ricorsi amministrativi avanti al TAR possono essere respinti.



**L'art. 21 nonies è – se possibile ancor più dirompente nei suoi non previsti effetti giurisdizionali perché tale norma testualmente afferma: (Annullamento d'ufficio).**

*1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21 – octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.*

*2. E' fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole”.*

Orbene, se si può essere d'accordo con il primo comma, in quanto rientrante nei generici poteri di autotutela della P.A. al fine di rendere conforme alla legge l'originario provvedimento illegittimo, è da considerarsi assolutamente incostituzionale il II° comma, se letto in correlazione al I° comma dell'art. 21 octies.

Come si diceva sopra, il provvedimento viziato da uno dei 3 classici vizi di legittimità (incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge) non è più nullo, bensì annullabile per espressa previsione dell'art. 21 octies I comma. Pertanto leg-

gendo questa norma in parallelo con il II comma dell'art. 21 nonies, viene fuori che un atto amministrativo comunque viziato, può essere egualmente non annullato se la P.A. dimostri (in che modo?) la prevalenza di un pubblico interesse, rispetto all'obbligo di rispettare il principio di stretta legalità.

Già queste norme odorano di incostituzionalità, perché si avrebbe un potere amministrativo equiparato ad un "princeps legibus solutus", ma è ancor più ingiustificabile l'ultima frase del II° comma dell'art. 21 nonies specificante l'assunto: "ed entro un termine ragionevole", assunto che è certamente incostituzionale perché viene lasciato alla P.A. l'arbitrio di decidere quando esercitare il proprio assoluto potere di convalida, non venendo fornita alcuna precisazione di cosa si intenda per termine "ragionevole": un mese? Un anno? Due anni?

Questo rende ancor più evidente il fenomeno di serendipità creato da legislatore poiché quasi tutti i ricorsi avanti ai TTAARR d'Italia, applicandosi tali norme, sono oggi potenzialmente suscettibili di decisione negativa.

Cav. Avv. Marco Valerio SANTONOCITO

**CORTE DL APPELLO DI ROMA - SEZIONE PERSONA  
E FAMIGLIA- PRES. E RELAT. DOTT. L. FADIGA- 21.04.2005**

Giudice Tutelare - Decreto - Reclamo - Corte di Appello - Competenza.

Giudice Tutelare Decreto sulla competenza - Reclamo - Inammissibilità - Regolamento di competenza - Ammissibilità.

*La Corte di Appello è competente a conoscere i reclami contro i decreti del Giudice tutelare (1).*

*Contro il decreto del Giudice tutelare sulla competenza avente carattere decisorio e definitivo non è ammesso il reclamo bensì il solo regolamento di competenza avendo il decreto natura e contenuto sostanziale di sentenza (2).*

**La Corte così motiva:**

**C**on ricorso depositato il ... FM chiedeva al giudice tutelare di Tivoli - Sezione distaccata di Castelnuovo di Porto - di essere autorizzato a portare con sé per la settimana bianca in montagna, nel periodo 18-27 febbraio, la figlia seienne L., affidata alla madre MS in sede di separazione consensuale omologata, ma con l'esercizio congiunto della potestà e con facoltà di ampie frequentazioni con il padre. Il Giudice tutelare, interpretando la domanda come richiesta di modifica delle statuizioni concordate in sede di separazione, da proporsi quindi al tribunale ex art. 710 e segg. c.p.c. e non al giudice tutelare, con decreto del ... dichiarava non luogo a provvedere. Contro quel decreto il M. ha proposto reclamo a questa Corte, sostenendo che la sua richiesta non mirava a una modifica ma soltanto a un occasionale e contingente adattamento del diritto di visita, nell'interesse della minore. Ha chiesto pertanto che la Corte, in riforma del decreto reclamato, lo voglia autorizzare a quanto originariamente richiesto. Si è costituita in giudizio MS, madre della bambina, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del reclamo perché proposto contro un provvedimento avente natura di sentenza e pertanto impugnabile solo con il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 42 c.p.c. Secondariamente, ha eccepito l'incompetenza di questa Corte d'appello, in quanto il reclamo andava proposto al Tribunale di Tivoli ai sensi dell'art. 739 c.p.c. Infine, rilevato che la legge attribuisce al Giudice tutelare un mero potere di vigilanza e non anche di modifica delle statuizioni relative all'affidamento dei figli, ha chiesto che il reclamo sia respinto per incompetenza del Giudice tutelare, e sia comunque rigettato per infondatezza e comunque per il venir meno dell'interesse ad agire, essendo oramai trascorso il periodo di vacanza utile. Sentiti i procuratori delle parti, che hanno concluso come da verbale in atti, il P.G. che ha concluso per l'accoglimento del reclamo, la Corte osserva quanto segue.

Del tutto preliminare è la questione della competenza di questa Corte a decidere sui reclami contro i provvedimenti del Giudice tutelare, sostenuta con ampia argomentazione da parte del reclamante, ma contestata con fermezza da parte appellata in favore di quella del Tribunale ordinario di Tivoli, sulla base del dettato letterale dell'art. 739 c.p.c. Quest'ultimo argomento è certamente degno di considerazione. Com'è noto, l'ufficio del giudice tutelare fu istituito presso ogni pretura dal codice civile del 1940 per soprintendere alle tutele e alle curatele (art. 344 cod. civ.), essendo stato soppresso il preesistente consiglio di famiglia, al quale l'abrogato codice civile del 1865 attribuiva competenza generale in materia di vigilanza sulle tutele (art. 249 e segg. Cod. civ. 1865). Così facendo, il nuovo codice ha inteso creare un compiuto ed armonioso sistema di protezione giudiziaria degli incapaci, con funzioni di cerniera tra giurisdizione e amministrazione, come è provato dal secondo comma dell'art. 344 sopra citato, in base al quale "il giudice tutelare può chiedere l'assistenza degli organi della pubblica amministrazione e di tutti gli enti i cui scopi corrispondono alle sue funzioni". Si è creata in tal modo una figura nettamente distinta da quella del pretore, dotata di una sua autonomia, specificità e specializzazione, opportunamente raccordata con il quasi coevo tribunale per i minorenni, istituito pochi anni prima. A tal fine vanno ricordati l'ultimo comma dell'art. 336 nella sua formulazione originaria (che attribuiva al G.T. la competenza per i provvedimenti urgenti a protezione dei minori) ed il successivo art. 337 (che tuttora attribuisce la competenza a vigilare sulle condizioni stabilite dal tribunale per l'esercizio della potestà e l'amministrazione dei beni). Non fu mai ritenuta di ostacolo a tale distinzione la possibile coincidenza delle funzioni di giudice tutelare e di pretore nella medesima persona fisica, come inevitabilmente accadeva nelle preture monocratiche, ma anzi si è sempre tenuto distinto il pretore in quanto tale dal pretore in veste di giudice tutelare. In armonia con tale sistema, l'art. 45 delle disposizioni di attuazione al cod. civile ha attribuito la competenza a decidere sui reclami avverso i decreti del giudice tutelare in via generale al tribunale per i minorenni, e al tribunale ordinario nei casi ivi espressamente previsti.

Sulla base di considerazioni analoghe, e tenuto conto altresì della formulazione letterale dell'art. 739 c.p.c., si è ritenuto dalla Suprema Corte, diversamente da Corte Appello Milano, 8.2.2002. citata dal reclamante, che l'introduzione del giudice unico di primo grado e la soppressione dell'ufficio del pretore non abbiano reso privo di significato il riferimento esplicito al giudice tutelare contenuto in quella nonna, *“atteso che una simile espressione non indica l'ufficio giudiziario che ne esercita le funzioni (ieri il pretore, oggi il giudice monocratico del tribunale), bensì le finzioni stesse, oggetto di peculiare ed organica disciplina processuale”* (Cass., 4.3.2003, n. 122/04). Conseguentemente, concludeva la Corte, anche dopo l'introduzione del giudice unico di primo grado doveva ritenersi applicabile nella sua formulazione letterale il primo comma dell'art. 739 c.p.c., secondo il quale *“contro i decreti del giudice tutelare si può proporre reclamo con ricorso al tribunale”*. Questa Corte non troverebbe ragione per discostarsi da tale autorevolissima

interpretazione, se non fosse successivamente intervenuta la recentissima legge 9 gennaio 2004 n. 6, relativa all'istituzione dell'amministrazione di sostegno, il cui art. 720 bis attribuisce espressamente alla Corte d'appello la competenza a conoscere i reclami contro i decreti del giudice tutelare (*“contro il decreto del giudice tutelare è ammesso reclamo alla corte d'appello a norma dell'art. 739”*).

Infatti, benché la norma appena citata concerna i provvedimenti in tema di amministrazione di sostegno mentre il caso di specie riguarda altra materia, non si può trascurare la portata di carattere generale che la nonna stessa finisce con l'assumere nel sistema dei reclami contro i provvedimenti del giudice tutelare. Essa infatti è certamente applicabile non solo al reclamo contro il decreto che nomina l'amministratore di sostegno, ma certamente anche ai decreti richiamati nel nuovo testo dell'ars. 411 cod. civ., e alle altre ipotesi elencate negli art. 374 e seguenti del cod. civ. Ma tali norme sono applicabili anche ai casi di tutela degli incapaci, e non appare giustificabile un diverso regime di impugnazione nei confronti degli identici provvedimenti autorizzativi chiesti dal tutore dell'interdetto o del minore. Si deve dunque concludere che, dopo l'entrata in vigore della l. 2004 n. 6, che ha introdotto l'art. 720 bis c.p.c., il giudice del gravame contro i provvedimenti del giudice tutelare è la corte d'appello.

Deve invece essere accolta l'altra eccezione preliminare della resistente, relativa alla inammissibilità del reclamo per essere il provvedimento reclamato impugnabile soltanto con il rimedio del regolamento di competenza. Il giudice tutelare di Castelnuovo di Porto, nella troppo scarna motivazione del decreto ... rilevato *“che il provvedimento richiesto è di modifica delle statuizioni rese in sede di separazione personale”* e che *“la competenza in ordine a tale modifica esula da questo giudice tutelare”*, conclude non esservi luogo a provvedere. Si tratta dunque di un provvedimento adottato in forma di decreto ma avente carattere decisivo e definitivo sulla competenza, che ha pertanto natura e contenuto sostanziali di sentenza. Poiché esso non decide sul merito, poteva essere impugnato solo con istanza di regolamento di competenza, unico mezzo di impugnazione previsto in tali casi dalla legge (art. 42 c.p.c.). A questa eccezione il reclamante resiste, obiettando che il regolamento di competenza è previsto per le decisioni, mentre in questa materia il giudice tutelare non emette decisioni ma si limita a risolvere questioni accidentali e di urgenza che, se rimesse al giudice del contenzioso, non avrebbero il necessario tempestivo riscontro. Premesso che a tal riguardo non va dimenticato l'ultimo comma dell'art. 710 c.p.c., osserva la Corte che la distinzione prospettata non è condivisibile, poiché in mancanza di accordo tra le parti il solo modo per risolvere una questione è proprio il decidere. Ma il punto è irrilevante, poiché nel caso di specie una decisione è stata presa, ed è quella sulla competenza, che il giudice tutelare ha declinato in favore del giudice della separazione.

Va quindi accolta l'eccezione sopra menzionata, e il reclamo deve essere dichiarato inammissibile. La particolarità del caso giustifica la compensazione delle spese.



## **La contesa competenza a giudicare il reclamo avverso il decreto emesso dal Giudice tutelare (1-2).**

La sentenza della Corte di appello annotata si inserisce nel filone delle scarse pronunce giurisprudenziali, per altro di indirizzo non univoco, sull'annosa questione della scelta del giudice superiore a cui proporre il reclamo avverso il decreto emesso dal Giudice tutelare. Il tema non è di pacifica discussione e la giurisprudenza della Suprema Corte ha utilizzato argomenti anche molto differenti, per affermare o negare alternativamente la competenza del Tribunale (ordinario ovvero per i minorenni) e della Corte di appello.

Per introdurre i termini della questione è opportuno prendere le mosse dalla lettura dell'art. 739 c.p.c., il cui 1° comma stabilisce che *“Contro i decreti del giudice tutelare si può proporre reclamo con ricorso al tribunale, che pronuncia in Camera di consiglio. Contro i decreti pronunciati dal tribunale in Camera di consiglio in primo grado, si può proporre reclamo con ricorso alla Corte di appello, che pronuncia anch'essa in Camera di consiglio.”*

Il dubbio non pare per nulla fugato neppure dopo l'entrata in vigore della riforma del processo civile con il D. Lgs. n. 51 del 1998; anzi l'introduzione del giudice unico di primo grado cui sono state demandate tutte le funzioni del pretore soppresso, ha ulteriormente complicato i termini del dibattito posto che il Giudice tutelare è un giudice del tribunale ordinario a cui sono demandate particolari funzioni (artt. 344, 1° co. cod. civ. e 44 disp. att. c.c.).

In altre parole, gli interpreti si sono domandati se il citato intervento legislativo abbia o meno modificato la disciplina vigente comportando una modificazione della competenza a decidere sui reclami, in favore della Corte di appello.

Secondo un'interpretazione che fa leva sul tenore letterale della norma, non essendo stata apportata alcuna modifica all'art. 739 c.p.c., il quadro legislativo sarebbe immutato: il tribunale in composizione collegiale è competente a conoscere del reclamo avverso il decreto emesso dal giudice tutelare, così come recita la norma.

Tale regola “speciale” potrebbe infatti convivere con l'altra generale (art. 341 c.p.c.) per e in 1° a Corte di appello è competente a giudicare, in secondo grado, i provvedimenti emessi dal tribunale, organo di prima istanza.

Non si tratterebbe in sostanza di una mera dimenticanza del riformatore, ma di una riaffermata competenza del solo tribunale a conoscere del reclamo avverso il decreto emesso dal Giudice tutelare, a fronte di una modificazione della competenza in favore della Corte di appello per ogni altro provvedimento emesso dal Tribunale sia in composizione monocratica che collegiale. A confermare questa interpretazione è di recente intervenuta la Corte di Cassazione con la pronuncia n. 122 del 09.01.2004, per altro citata dallo stesso estensore della sentenza in commento, in cui si legge che *“Appare, dunque, più corretto ritenere, secondo quanto affermato anche in dottrina, che la soppressione dell'ufficio del pretore non abbia reso privo di significato il riferimento dell'art. 739 c.p.c. al “giudice tutelare” atte-*



*so che una simile espressione non indica l'ufficio giudiziario che ne esercita le funzioni (ieri il pretore, oggi il giudice monocratico del tribunale), bensì le funzioni stesse, oggetto di peculiare ed organica disciplina processuale, onde, per i decreti emanati dal medesimo giudice tutelare continuano a valere le pregresse regole circa il reclamo, ripartito tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni, laddove gli altri provvedimenti camerale pronunciati dal giudice monocratico del tribunale vanno impugnati, al pari di quelli collegiali, davanti alla corte d'appello, seguendo un criterio generale che appare applicabile a prescindere dalla composizione, collegiale o no, dell'organo giudicante di prima..."*

Sul fronte opposto, quanti invece affermano che la competenza è della Corte di appello, utilizzano a sostegno della loro teoria il seguente ragionamento. Non è contestabile che il reclamo sia una forma di impugnazione e, poiché il principio generale processuale afferma che solo il giudice superiore può conoscere dell'impugnazione, salve le eccezioni di legge, non può essere demandata al tribunale la competenza a conoscere il giudizio di secondo grado posto che il giudice tutelare è un giudice del tribunale ordinario investito di particolari funzioni in ragione della materia riservatagli. Inoltre appare irragionevole trattare diversamente le pronunce emesse da uno stesso giudice (giudice unico del tribunale) solo perché hanno un diverso oggetto del contendere.

In questi termini si è espressa la Corte di appello di Milano con decreto del 8.10.2002 (pubblicato in Fam. e Dir. 2003, n. 1 p. 39 e ss.), conformemente ad altra precedente giurisprudenza meneghina, per affermare la propria competenza a decidere di un reclamo avverso al decreto del giudice tutelare.

All'interno della prospettata questione sulla competenza del Tribunale, in luogo della Corte di appello, si inserisce l'applicazione dell'art. 45 disp. alt. cod. civ. a mente del quale *"La competenza a decidere dei reclami avverso i decreti del giudice tutelare spetta al tribunale ordinario quando si tratta dei provvedimenti indicati negli articoli 320, 321, 372, 373, 374, 376 secondo comma, 386, 394 e 395 del codice. La competenza spetta al tribunale per i minorenni in tutti gli altri casi."*

Una volta affermata in via interpretativa la competenza in sede di reclamo, del tribunale in composizione collegiale, nulla si è risolto nella prospettiva pratica poiché bisogna scegliere tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni.

Tralasciando la questione se l'elencazione degli articoli citati al primo comma sia tassativa, ciò che si evidenzia è la riconducibilità dei decreti emessi dal Giudice tutelare, tanto al settore della tutela - per così dire - di contenuto economico-amministrativo nell'interesse del minore o della persona quanto quelli più strettamente connessi alla sfera personale dell'incapace.

La distinzione della competenza dell'uno o dell'altro tribunale troverebbe pertanto ragione tanto nella minore età del soggetto della tutela, quanto nell'effettivo contenuto del provvedimento tutelare posto che proprio l'art. 337 cod. civ. riconosce al Giudice tutelare compiti di vigilanza sull'osservanza delle condizioni stabilite, ad esempio, per l'esercizio della potestà genitoriale.

In un caso piuttosto simile a quello deciso dalla Corte di appello di Roma, la Corte di Cassazione (seni. 07/08/1990 n. 7957) ha affermato la competenza del Tribunale per i minorenni in sede di reclamo avverso il decreto emesso dal Giudice tutelare qualora questi ometta di decidere in merito all'interpretazione di clausole della separazione personale dei coniugi. La Suprema Corte, infatti, ha stabilito che, qualora non si tratti di una richiesta di modifica delle condizioni di separazione per cui sarebbe competente il Tribunale ordinario, è dovere del giudice tutelare decidere in merito alle richieste delle parti trattandosi di vigilare sull'osservanza degli accordi di separazione.

Giusto quello che aveva chiesto il ricorrente al Giudice tutelare di Castelnuovo di Porto.

Accogliendo le ragioni del reclamante e difformemente dalla citata giurisprudenza di legittimità e di merito, con consapevole e motivata decisione, la Corte di appello di Roma ha affermato la propria competenza a conoscere le ragioni del reclamo, argomentando la decisione alla luce di un recente provvedimento legislativo che ha introdotto l'istituto dell'amministrazione di sostegno. In sintesi e per quanto qui possa occorrere, la L. n. 6 del 9.01.2004 ha introdotto l'amministrazione di sostegno a tutela della persona che si trova in condizioni psicofisiche tali da non poter provvedere personalmente ai propri interessi personali c/o economici.

L'organo giurisdizionale competente alla nomina dell'amministratore di sostegno è il Giudice tutelare il cui decreto può essere reclamato, per nuova ed espressa disposizione di legge, davanti alla Corte di appello (art. 720 bis, 2° ce. c.p.c.).

Ritenendo immotivata la disparità di trattamento tra gli incapaci ed il minore in relazione all'impugnabilità del provvedimento conclusivo del giudizio di primo grado, la Corte romana afferma che l'introduzione della propria nuova competenza (disposta dall'art. 720 bis c.p.e.) ha l'effetto di rideterminare la devoluzione della competenza a conoscere il reclamo avverso tutti i decreti emessi dal Giudice tutelare. Quanto sopra indipendentemente dall'art. 739 c.p.c. venuto di fatto e implicitamente ad essere modificato nella parte de qua.

Appare chiaro che la sentenza in commento seppur con nuove argomentazioni sia tra quelle che sostengono la competenza della Corte di appello.

Stante il perdurante contrasto anche nelle decisioni della Suprema Corte, attendiamo una pronuncia delle Sezioni Unite.

La seconda questione processuale decisa dalla Corte di appello, accogliendo questa volta l'eccezione della reclamata, è quella relativa all'impugnabilità del decreto del Giudice tutelare quando decide la sola questione della competenza: ossia se il provvedimento debba essere impugnato mediante reclamo al giudice superiore o con ricorso alla Suprema Corte di Cassazione con il regolamento di competenza ex art. 42 c.p.c.

Il giudice adito dopo aver affermato la propria competenza a giudicare il reclamo con le motivazioni di diritto appena ricordate, decide per l'inammissibilità

della questione sottoposta ritenendo che l'unico mezzo di impugnazione a disposizione della parte sia il ricorso alla Corte di Cassazione.

Correttamente la Corte evidenzia che il Giudice tutelare di Castelnuovo di Porto, omettendo di affrontare il merito della domanda sottopostagli dal genitore, ha pronunciato un decreto avente carattere decisorio e definitivo sulla competenza, provvedimento che formalmente è un decreto ma sostanzialmente ha natura e contenuto di sentenza.

Come è noto la questione, i cui confini non sono ristretti ai soli provvedimenti del Giudice tutelare ma riguardano tutte le decisioni assunte in forma diversa dalla sentenza, involge considerazioni di diritto sulla natura sia del diritto controverso sia del provvedimento emesso dal giudicante, oltre che sulla stabilità di esso.

Infatti, decisorietà e definitività (cioè stabilità) sono i requisiti che il provvedimento deve avere per poter essere oggetto del ricorso per regolamento di competenza.

Il primo di essi si sostanzia nell'idoneità del provvedimento emesso a decidere nel caso concreto attribuendo, nel contraddittorio delle parti, un diritto soggettivo o uno status, oggetto di contestazione.

Nei provvedimenti camerale, tra di essi quelli del Giudice tutelare, sia la giurisprudenza che la dottrina, non rinvergono tale requisito perché il decreto - sempre revocabile - non risolve una controversia ma gestisce il prevalente e miglior interesse (del minore, come nel caso di specie) di per sé mutevole a seconda di condizioni via via diverse.

Il requisito della definitività, invece, difetta perché il decreto emesso è sempre modificabile, non passa mai in giudicato poiché è diritto delle parti chiedere nelle medesime forme camerale la modificazione dei provvedimenti che riguardano la prole, i coniugi separati o divorziati (art. 710 c.p.c.).

La domanda di maggior interesse a questo punto è se anche il decreto che decide la sola questione della competenza, difetti dei requisiti ricordati.

E' bene subito dire che la questione è controversa, anche se l'orientamento prevalente non ritiene che il decreto possa essere ricorso alla Suprema Corte (ex pluribus Cass. 16/01/03 n. 586).

Questo nel presupposto che il giudice, qualora affermi o neghi la propria giurisdizione o competenza, lo faccia in via preliminare e strumentale (alla decisione del merito), senza che alla questione processuale possa essere riconosciuta alcuna autonomia nel complesso della decisione. Ne consegue che non potendo essere impugnato il decreto camerale con ricorso ex art. 360 e.p.c., non sia ricorribile neanche ex art. 42 c.p.c.

La decisione in commento, invece, aderendo alla corrente "minoritaria" riconosce al decreto negatorio della competenza i requisiti di decisorietà e definitività propri della sentenza con l'effetto di rendere obbligatoria l'impugnabilità ex art. 42 c.p.c.

La ragione teorica risiede anche nella distinzione tra i decreti camerali che semplicemente negano la competenza (o giurisdizione) senza assumere alcuna decisione nel merito (come nel caso di specie), e quelli che invece affermano implicitamente la competenza perché il giudice adito ha pronunciato una decisione nel merito.

Solo per questi ultimi, infatti, sarebbe impossibile il ricorso all'art. 42 c.p.c.; i primi, invece, stante il carattere decisorio e definitivo seppur negatorio, ponendo fine e definendo il giudizio, dovrebbero essere impugnati con il ricorso de quo, stante il valore di sentenza del provvedimento conclusivo (cfr. Cass. 15/03/01 n. 3765, Cass. 11/03/96 n. 1981).

Come già anticipato, la Corte di appello romana, aderendo a tale ultimo orientamento giurisprudenziale, ha dichiarato inammissibile il reclamo avverso il decreto declinatorio della competenza, ritenendolo unicamente ricorribile per Cassazione ex art. 42 c.p.c.

Avv. Michela CONCETTI

**TRIBUNALE CIVILE DI ROMA - PRIMA SEZIONE -  
SENTENZA 8 MARZO 2005 N  
PRESIDENTE BUCCI - REL. SANGIOVANNI**

Separazione dei coniugi - Giudiziale - presupposti - controllo giudiziale  
obiettiva intollerabilità della convivenza - mera volontà di uno dei coniugi -  
sufficienza - esclusione .

*Con la 151/75 il legislatore ha valorizzato il "principio del libero consenso" anche nel momento della crisi coniugale, fondando la separazione sull'accadimento, anche indipendente dal comportamento o dalla volontà di uno dei due coniugi, di fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole", demandando al giudice del merito il controllo giudiziale sulla obiettiva intollerabilità della convivenza, controllo che si risolve in un'indagine essenzialmente di fatto da condursi con un criterio di relatività (che tenga conto della condizione sociale, culturale e familiare delle persone, dei fatti nel loro complesso, dell'ambiente nel quale si è svolta la vita familiare).*

*Nella valutazione della obiettiva intollerabilità della convivenza non può aver-  
si esclusivamente riguardo alla intenzionalità di un coniuge di volere la sepa-  
razione.*

**svolgimento del processo**

**C**on ricorso ritualmente notificato Il Sig. [redacted] dopo aver premesso di aver contratto matrimonio con la Sig.ra [redacted], che dall'unione era nato un figlio, che la moglie aveva un altro figlio nato da una precedente relazione e convivente con la famiglia, che i coniugi vivevano separati di fatto da circa due mesi essendo la convivenza divenuta intollerabile, chiedeva al Tribunale pronunciare la separazione personale dei coniugi, con affidamento del figlio minore alla madre, assegnazione della casa coniugale a quest'ultima e determinazione di un assegno mensile di mantenimento per il figlio di L. 600.000.

La resistente non si costituiva in giudizio ed il Presidente, all'udienza presidenziale, non comparsa la resistente, adottava i provvedimenti provvisori affidando il figlio minore alla madre, regolamentando il diritto di visita per il padre, assegnando la casa coniugale alla moglie e determinando in L. 600.000 l'assegno mensile per il mantenimento del figlio.

Nel corso della istruttoria, si costituiva in giudizio la resistente che eccepiva la cessata materia del contendere per estinzione del giudizio (posto che la convivenza tra i coniugi non si era mai interrotta); solo in via subordinata chiedeva la determinazione di un assegno di mantenimento anche in suo favore oltre che in favore del figlio e la conferma dei provvedimenti adottati in sede presidenziale con

riguardo all'affidamento del figlio minore ed alla assegnazione della casa coniugale.

Espletate le prove orali, acquisita agli atti la documentazione conferente, la causa ritenuta matura per la decisione veniva rimessa al Collegio, con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c. per lo scambio di memorie conclusive.

Motivi della decisione: il ricorso deve essere respinto non essendo stata raggiunta la prova della obiettiva intollerabilità della convivenza tra i coniugi, convivenza che, peraltro, di fatto, se non per un breve periodo, non si è mai stata interrotta; Premette il Collegio che la parte ricorrente, si è limitata ad asserire che : *"la convivenza si è mostrata ben presto difficile per gravi motivi di incompatibilità caratteriale che hanno reso negli ultimi tempi impossibile la coabitazione, tant'è che i coniugi da oltre due mesi vivono separati di fatto"*.

Dalle risultanze processuali è, invece, emerso che i coniugi hanno sempre convissuto senza alcuna modificazione della loro vita coniugale che, se è stata interrotta per un breve periodo, è ripresa con la persistenza del consorzio familiare con modalità del tutto incompatibili con la domanda di separazione personale: al riguardo deve richiamarsi: a) una lettera sottoscritta dal ricorrente in data ... (di natura confessoria perché mai contestata dallo stesso ricorrente) con la quale lo stesso comunicava al suo difensore la volontà di abbandonare la causa di separazione per essere tornato insieme alla moglie già da qualche mese; b) le fotografie scattate nella casa coniugale che attestano la ripresa della convivenza documentando la condivisione tra i coniugi di spazi e luoghi intimi; c) i certificati medici che attestano lo stato di gravidanza e la nascita di un secondo figlio della coppia concepito e venuto alla luce nel periodo della presunta separazione; d) le risultanze delle prove testimoniali che hanno attestato che l'interruzione della convivenza era stata del tutto breve e sporadica e che, invece, i coniugi hanno da sempre adottato anche Bifronte ai temi comportamenti incompatibili con lo stato di separazione.

Premette il Collegio che con la legge 1511'75 il legislatore ha valorizzato il "principio del libero consenso" anche nel momento della crisi coniugale, fondando la separazione sull'accadimento, anche indipendente dal comportamento o dalla volontà di uno dei due coniugi, di "fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole", demandando al giudice del merito il controllo giudiziale sulla obiettiva intollerabilità della convivenza, controllo che si risolve in un'indagine essenzialmente di fatto da condursi con un criterio di relatività (che tenga conto della condizione sociale, culturale e familiare delle persone, dei fatti nel loro complesso, dell'ambiente nel quale si è svolta la vita familiare).

Nella valutazione della obiettiva intollerabilità della convivenza non può aversi esclusivamente rigido alla intenzionalità di un coniuge di volere la separazione, posto che al fine della pronuncia di separazione, è insufficiente un mero atteggiamento soggettivo consistente nella volontà di separarsi.

La Corte di Cassazione sul punto ha più volte ribadito che "l'intollerabilità della convivenza non può essere implicita nella volontà di un coniuge di separarsi.

Peraltro, la situazione di intollerabilità della convivenza non può neppure essere esclusa per il solo fatto che l'altra parte assuma un atteggiamento di accettazione e disponibilità: potendo un tale atteggiamento trovare alternativa nella prevalenza di concezioni di carattere etico, ovvero in irreali prospettive di recupero del rapporto, che rendano quel coniuge, nell'un caso, indifferente e, nell'altro, eccezionalmente tollerante rispetto ad una situazione obiettivamente priva di quei contenuti minimi di una reciproca affectio, che devono assistere una comunione non meramente materiale e comunque non coercibile, quale quella coniugale.,"(Cfr Cass. 6970/03).

Condividendo tale orientamento, per quel che interessa in questa sede, seppur deve essere valorizzato il libero consenso dei coniugi anche nel momento della crisi del rapporto coniugale, quando, come nel caso di specie, la separazione è voluta da uno solo dei due coniugi che manifesta disaffezione per la vita familiare è necessario comunque, in sede di valutazione discrezionale dei presupposti per la pronuncia della separazione, che i comportamenti complessivi delle parti, nel loro reciproco interferire, abbiano assunto un elemento di oggettività tale da poter ritenere sussistente il presupposto della intollerabilità che costituisce il titolo autosufficiente per la cessazione della convivenza, suscettibile poi di ulteriori e diversificati esiti secondo il libero arbitrio delle parti (una successiva pronuncia di divorzio, la ripresa del consortium vitae o il protrarsi degli effetti della separazione).

Con riferimento al caso di specie ed avuto riguardo alle risultanze processuali, non può darsi luogo ad una pronuncia di separazione personale quando nella valutazione dei comportamenti complessivi delle parti adottati non solo nel periodo antecedente alla domanda giudiziale, ma anche successivamente a tale domanda ed ai provvedimenti provvisori presidenziali si delinea la convivenza, anche non stabile, di due persone che hanno adottato e continuano ad adottare comportamenti e scelto individuali che non sono confliggenti con le prospettive di vita comune, comportamenti che denotano la presenza di quella solidarietà e lealtà che connota la comunione materiale e spirituale della vita familiare; in tale contesto dove pare emergere più che altro un atteggiamento soggettivo di rifiuto della (stabile) convivenza da parte del ricorrente che l'altro coniuge non ritiene valori are, in assenza di non equivoci comportamenti idonei a manifestare l'intollerabilità della convivenza, tenuto conto della condizione sociale delle parti e dell'ambiente nel quale vive la famiglia, il ricorso deve essere rigettato.

## NOTA

### **Presupposti della separazione - l'intollerabilità della convivenza o il pregiudizio alla educazione della prole.**

La sentenza in commento offre un ottimo spunto per riflettere circa l'evoluzione delle norme che hanno regolato e che regolano la crisi dell'unione coniugale, nonché la ratio della normativa vigente.

Antecedentemente alla riforma del 1975, il legislatore del 1942, coerentemente con la visione della famiglia allora dominante, si ispirò a due direttive fonamen-



tali, nel prevedere e regolamentare l'istituto della separazione personale dei coniugi, la tassatività delle cause della separazione e la colpa del coniuge. La separazione, infatti, poteva essere chiesta solo in presenza di una delle causa specificatamente indicate dagli artt. 151, 152, 153 c.c., la quasi totalità delle quali era riconducibile al comportamento colpevole di uno dei coniugi od anche di entrambi, riconoscendo, peraltro, la legittimazione a chiedere la separazione del solo coniuge "vittima" del predetto comportamento.

Già con la promulgazione della Costituzione nel 1948 e con i nuovi valori dalla stessa introdotti si ravvisò la necessità di una complessa revisione della disciplina della famiglia ed anche quella relativa alla separazione contenziosa, ma ci vollero quasi trent'anni prima che ebbe luogo la riforma, nel frattempo la stessa Corte Costituzionale con alcune importanti pronunce cancellava alcuni aspetti, i più arcaici, della disciplina della separazione.

Con la riforma del 1975 viene definitivamente abbandonata la visione formalistica della famiglia in favore di una maggiore attenzione ai valori della persona e dei coniugi, nonché al concreto atteggiarsi del rapporto di coppia, anche nei confronti dei figli, tanto che alla puntigliosa elencazione delle cause della separazione ed al requisito della colpa vengono sostituite due clausole generali: "la intollerabilità della convivenza ed il pregiudizio alla prole" (art. 151 c.c. post riforma), imponendo all'interprete di rivolgere la propria attenzione, non alle singole violazioni dei doveri coniugali - che avrebbero importanza e rilievo solo in caso di richiesta di addebito della separazione -, ma all'avvenuto ed oggettivo degrado della convivenza, indipendentemente dal fatto che le circostanze o i fatti che l'hanno determinato siano o meno dipesi dalla volontà di uno o di tutti e due i coniugi (venendo così meno, anche, il presupposto della colpa), rilevando, invece, principalmente la loro efficienza causale sulla convivenza medesima, rectius: sulla sua prosecuzione, nel senso che 1° abbiano, oggettivamente, resa intollerabile.

Pertanto, la violazione dei doveri coniugali, non comporta di per sé automaticamente il diritto dell'altro coniuge ad ottenere la pronuncia della separazione, dovendosi necessariamente accertare che l'azione del coniuge "colpevole abbia effettivamente inciso sulla prosecuzione della convivenza, tanto da renderla intollerabile.

Per meglio comprendere la ratio della norma è necessario approfondire il significato del termine convivenza, così come inteso dal legislatore della riforma.

Per convivenza, non può e non deve farsi riferimento esclusivamente ad una mera coabitazione, ma più profondamente al rapporto coniugale considerato nel suo complesso e cioè quella che è la comunione spirituale e materiale di vita instaurata con la celebrazione del matrimonio, ovvero "tutto quanto caratterizza l'unità tra i coniugi" (Zatti, in Trattato di Rescigno 1982), cosiddetto consorzio familiare. Un modello di vita matrimoniale che viene liberamente deciso ed organizzato dai coniugi attraverso una serie di intese ed accordi che vengono raggiunti, mutati ed evoluti nel corso della vita in comune, in base a quelle che sono le loro aspettative, i propri



obiettivi, la propria sensibilità e cultura, il proprio ambiente sociale, fatti salvi naturalmente i limiti imposti di ordine generale. Per quanto finora detto, si può, dunque, dire che il giudizio sulla intollerabilità della convivenza, denunciato da uno dei coniugi, deve fondarsi su elementi soggettivi, ma oggettivamente accertabili.

E', infatti, indubbio che l'intollerabilità della convivenza ha natura intimamente soggettiva, atteso che la stessa non può che essere valutata in base alla sensibilità, a l modo di essere ed alla personalità del coniuge che la fa valere, ma questo non sta a significare che l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza debba essere valutata alla stregua di un criterio arbitrario e potestativo, dovendo la stessa essere fondata e causata da "fatti", verificatisi anche indipendentemente dalla volontà dei coniugi, di cui il coniuge richiedente dovrà dare rigorosa prova ai sensi dell'art. 2697 c.c., atteso che il Giudice, solo dopo il loro accertamento e valutato che gli stessi sono idonei a rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, potrà pronunciare la separazione, non essendo sufficiente per tale pronuncia la mera intenzionalità e volontà di uno dei coniugi di separarsi (Casa. 12489/98, Cass. 6970/03). E' solare come i fatti che possono rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza - in ragione della scelta del legislatore di affidare ai coniugi stessi l'organizzazione della vita familiare e del principio del libero consenso che deve trovare applicazione anche nel momento della crisi del rapporto coniugale - non possono che essere ricercati, individuati e valutati nell'ambito della convivenza matrimoniale di cui si assume la crisi e, dunque, gli stessi saranno, certamente, relativi a quella determinata convivenza familiare, ma dovranno essere, comunque, oggettivamente apprezzabili.

Spetta al giudice, attraverso l'indagine giudiziaria accertare in concreto e valutare se i fatti denunciati dal ricorrente siano o meno idonei ad incidere così negativamente su quella convivenza tanto da sostanziare il presupposto della intollerabilità della sua prosecuzione, qualora detta indagine risultasse negativa il giudice dovrebbe respingere la domanda di separazione.

Alla luce di quanto fin qui detto appare del tutto coerente con lo spirito e la ratio della normativa regolante l'istituto della separazione giudiziale la sentenza del Tribunale di Roma in rassegna, ove il giudice adito, a seguito dell'accurata responsabile e sensibile e complessiva valutazione dei "fatti" denunciati e lamentati, inerenti la crisi di quella realtà coniugale, ha rigettato la richiesta di separazione presentata dal marito, ritenendo non sussistente, nel caso di specie, l'indeffettibile presupposto della intollerabilità nella prosecuzione della convivenza, riscontrando, al contrario, nonostante la manifestata intenzione del ricorrente di separarsi: "una convivenza, anche non stabile, di due persone che hanno adottato e continuano ad adottare comportamenti e scelte individuati che non sono confliggenti con le prospettive di vita comune, comportamenti che denotano quella solidarietà e lealtà che connota la comunione materiale e spirituale della vita familiare".

Concludendo, non può evidenziarsi come l'interpretazione della nonna, accolta, anche dai giudici romani., che conduce il giudice a rigettare la domanda di sepa-

razione quando non viene accertata la concreta e reale frattura del consorzio familiare - definitivo o temporaneo che sia pur essendo manifesta l'intenzione di uno dei coniugi di volere la separazione, esprime l'esigenza di valorizzare, anche nel momento di crisi del rapporto coniugale, oltre alla libertà dei coniugi, la loro responsabilità e consapevolezza rispetto al nucleo familiare costituito.

Avv. Alessandra CATTEL

**TRIBUNALE CIVILE DI L'AQUILA – 8 FEBBRAIO 2004 (ORD.) –  
PRES. A. VILLANI EST. G. DE FILIPPIS – M.L. MARTORANA**

(Avv. Dario Visconti) c. G.A.F. Ferri e A.F. Ferri  
(Avv.ti S. Recchioni e L. Massimi)

(omissis) Visto il reclamo proposto il 31 gennaio 2004 da Maria Laura Martorana, con il quale è stato chiesto revocarsi i decreti, con i quali è stata ordinata la rimozione dei sigilli e attesa la richiesta di revocare il decreto con il quale era stata disposta l'apposizione dei sigilli, emessi il 15 ed il 15 gennaio 2004 dal GOT di questo tribunale Avv. Anna Maria Giuliani; (omissis) il reclamo è stato proposto ex art. 669 - terdecies c.p.c.; l'ambito di applicazione di tale rimedio impugnatorio è stabilito dall'art. 669 – quaterdecies c.p.c., che lo restringe ai provvedimenti previsti dalle sezioni II, III, e V del Capo III, titolo I, Libro IV del codice di procedura civile (tra i quali non vi è il procedimento di apposizione dei sigilli, disciplinato al libro IV; titolo IV, capo II, sezione I, né quello di rimozione dei sigilli, disciplinato dalla successiva sezione II), nonché "... in quanto compatibili, agli altri procedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali ...".

Condizioni dell'estensione analogica del procedimento previsto dagli artt. 669 – bis e ss. c.p.c. sono, quindi, la compatibilità delle norme sui procedimenti cautelari in generale con quelli dell'altro procedimento e la natura cautelare di quest'ultimo.

Nella specie mancano ambedue le condizioni, atteso che la funzione della rimozione dei sigilli, come pure l'apposizione degli stessi, non è specificamente cautelare (cioè anticipatoria di una pronuncia giudiziale nelle more del giudizio del giudizio di merito o ancor prima dell'inizio di questo), ma di generica conservazione materiale dei beni ereditari.

A ciò si aggiunga che gli artt. 752 e ss. c.p.c. regolamentano uno specifico procedimento in maniera minuta ed in modo del tutto diverso da quanto previsto dagli artt. 669 – bis e ss. c.p.c.

Pertanto il reclamo deve essere dichiarato inammissibile, restando così assorbite tutte le restanti questioni fra le parti.

Attesa la novità delle questioni trattate, sussistono i giusti motivi per compensare per intero tra le parti le spese del giudizio relative al reclamo. (omissis)

**riflessioni in tema di procedimento per l'apposizione  
e rimozione di sigilli**

*1. Il caso - 2. Il procedimento di apposizione e rimozione dei sigilli nella  
ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza - 3. Analisi critica: il pro-*

*cedimento per l'apposizione di sigilli non è da ricondurre né nel novero della giurisdizione volontaria, né in quello delle tutele camerale - 4. La duplice natura dei provvedimenti per l'apposizione e rimozione di sigilli. - 5. Segue: il vaglio di compatibilità ex art. 669-quaterdecies c.p.c. La struttura bifasica del procedimento per l'apposizione e rimozione di sigilli. - 6. Segue: rapporti fra il procedimento di apposizione di sigilli, i sequestri e la tutela atipica ex art.700 c.p.c. - 7. Conclusioni.*

## 1. Il caso

**L'**ordinanza in esame offre il destro per affrontare un tema che la dottrina degli ultimi anni, complice forse anche la pressoché totale assenza di provvedimenti sia della Suprema Corte, sia della giustizia di merito, ha avuto poco modo di approfondire, a dispetto della grande rilevanza pratica che i provvedimenti per l'apposizione o la rimozione di sigilli possono rivestire.

L'art.768, norma di chiusura del Capo II, Titolo IV del Libro IV, del codice di procedura civile, rappresenta una norma aperta, in quanto estende le regole procedurali a tutte le ipotesi in cui si renda necessario procedere all'apposizione o rimozione dei sigilli: in altri termini, lungi dall'essere riferito alla sola materia successoria<sup>1</sup>, il procedimento in oggetto trova applicazione in tutta una serie di materie fra loro del tutto eterogenee quali ad esempio: i procedimenti in materia di stato delle persone (in relazione alla nomina di un tutore o di un curatore), la materia fallimentare, i procedimenti in materia di abusi edilizi; insomma, in tutte quelle ipotesi in cui occorrerà cristallizzare lo stato di fatto in attesa della definizione del rapporto controverso.

Già da tali brevi premesse emerge con evidenza l'indubbia funzione cautelare che caratterizza il provvedimento di apposizione dei sigilli, natura – in realtà – affatto contestata dalla pressoché totalità degli autori; tuttavia, ad una uniformità di intenti (mi riferisco al riconoscimento della funzione *lato sensu* cautelare) non corrisponde pari uniformità di conclusioni essendo la dottrina prevalente – classica come moderna – sostanzialmente divisa fra chi riconosce ai provvedimenti in oggetto natura cautelare, e chi la nega recisamente concludendo vuoi per la riconduzione nel novero dei procedimenti di volontaria giurisdizione, vuoi nelle cautele di tipo camerale.

Ebbene, è proprio nel dubbio creato da tale difformità di conclusioni che si inserisce il caso deciso nell'ordinanza in commento, che affronta il problema della applicabilità del rito cautelare uniforme al procedimento di sigillazione con particolare riferimento alla reclamabilità del provvedimento che dispone l'apposizione

<sup>1</sup> Già MORTARA, *Commentario al Codice delle Leggi di Procedura Civile*, Milano, 1922, Vol. V, 621, definiva – con riferimento al codice di rito del 1865 – la collocazione del procedimento di sigillazione nell'ambito dei procedimenti speciali in tema di famiglia, come un "manifesto equivoco"; rilievo che – a

ben vedere – inquadra in maniera puntuale le problematiche di qualificazione giuridica dell'istituto, originate – con ogni probabilità – da una infelice collocazione "geografica" attribuita dal legislatore ai procedimenti in oggetto.

ovvero la rimozione di sigilli ovvero, ancora, rigetti le dette richieste.

La fattispecie decisa è semplice: proposto reclamo avverso due provvedimenti – resi in materia successoria – con cui il Tribunale Civile di L’Aquila disponeva l’apposizione dei sigilli da un canto, e la rimozione con contestuale autorizzazione alle operazioni di inventario dall’altro, il Collegio – ritenendo il provvedimento di sigillazione non riconducibile al novero delle misure cautelari – dichiarava l’inammissibilità del gravame proposto.

La linearità della decisione che, a ben vedere – occorre notare sin d’ora – presta il fianco a numerosi profili di censura, non coincide con il necessario rigore ricostruttivo sia dell’istituto dell’apposizione di sigilli, sia della sua qualificazione giuridica, sia, infine, del rapporto di compatibilità con il rito uniforme; risulta pertanto necessario, al fine di dirimere il problema, premessi brevi cenni generali sull’istituto, prendere le mosse dalla ricostruzione operata dalla dottrina – sia sotto la vigenza del precedente codice di rito, sia sotto la vigenza dell’attuale – e dalla giurisprudenza<sup>2</sup>, operando, infine, il vaglio di compatibilità fra il procedimento in questione e il rito cautelare uniforme.

## 2. Il procedimento di opposizione e di rimozione dei sigilli nella ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza

Riteniamo opportuno, in apertura, tracciare a brevi linee la struttura del procedimento per l’apposizione ovvero per la rimozione di sigilli<sup>3</sup>.

Il primo nodo problematico è legato alla individuazione dello scopo che il procedimento di sigillazione persegue, attesa, da un canto, la molteplicità dei campi in cui le norme possono trovare applicazione; dall’altro l’evidente peculiarità dei beni che con il provvedimento stesso è deputato a tutelare. Tuttavia per superare l’*impasse* iniziale possiamo affermare che, almeno in linea generale, scopo dell’apposizione dei sigilli è quello della conservazione interinale dei beni di un determinato patrimonio mobiliare, al fine di evitare – attesa l’impossibilità (o l’incapacità) del titolare del patrimonio stesso di utilmente amministrarlo all’occorrenza di casi particolari quali la morte, il fallimento, ecc. – possibili sottrazioni dei beni; definizione che – avvertiamo subito – non permette di cogliere la vera essenza del procedimento e le numerose implicazioni allo stesso legate.

L’accennata urgenza del provvedere, tipica del procedimento in oggetto<sup>4</sup>, può essere riscontrata nella stessa lettera codicistica che – nella vigenza del codice del 1865, come in quella del codice del 1942 – attribuisce la competenza di tale

2 Non si rinvergono in verità, nella giurisprudenza recente, oltre a quello oggetto del presente commento provvedimenti in merito, ad eccezione di Trib. Foggia 1.12.1995, in GM 1996, 214 ss. con nota contraria di Danza; Cass. 18.07.2002 n.10446, in Giust. Civ. Mass., 2002, 1270.

3 La presente indagine trae spunto e sarà riferita principalmente alla materia successoria; le conclusioni,

tuttavia, potranno pianamente essere trasferite a tutti gli ulteriori ambiti in cui il procedimento di sigillazione trova applicazione.

4 Elemento che tuttavia, si noti sin d’ora, non può assurgere – al pari del requisito della strumentalità – ad elemento determinante al fine della qualificabilità o meno delle misure in questione come cautelare. In merito, vedi ampiamente oltre nel testo, sub § 4.

materia al pretore<sup>5</sup> (oggi tribunale a seguito della nota soppressione dell'ufficio pretorile), giudice territorialmente maggiormente diffuso rispetto al tribunale cui pure (era ed) è deputata la trattazione di tutte quelle materie cui il provvedimento è, almeno funzionalmente, strumentale.

Il procedimento risulta, generalmente, attivato dall'impulso di parte<sup>6</sup>; sono tuttavia previste ipotesi di iniziativa officiosa (si pensi al potere del giudice delegato al fallimento che stabilisce la sigillazione dei beni del fallito; ovvero alle particolari ipotesi previste dalla lettera dell'art.754 c.p.c.)<sup>7</sup>; diversi saranno i soggetti legittimati<sup>8</sup> a stimolare il provvedimento giudiziale, come pure differenti saranno gli aspetti che assumerà l'interesse ad agire<sup>9</sup>.

Quanto alle forme, il provvedimento sarà reso con decreto<sup>10 11</sup> – tra l'altro

5 Sembra doversi attribuire la competenza al giudice del luogo dove il provvedimento deve essere eseguito; tuttavia non mancano autori che radicano – almeno in materia successoria – la competenza dinanzi al giudice del luogo dove si è aperta la successione. Residua, in casi di particolare urgenza, una competenza del giudice di pace che, a dire il vero, crea non pochi problemi applicativi (per la compiuta trattazione della problematica e per l'esclusione di detta competenza vedi oltre nel testo). Discorso analogo può essere fatto nel caso in cui occorra provvedere alla sigillazione dei beni del fallito in luogo diverso da quello in cui è stato pronunciato il fallimento. Propenderemo, al fine di evitare una pericolosa duplicazione di competenze, per la soluzione che radica in capo al giudice del luogo dove la successione si è aperta o del luogo di dichiarazione del fallimento, con potere degli stessi di delegare le operazioni di sigillazione da eseguirsi in luoghi diversi ai tribunali via via competenti; in senso analogo REDENTI, *Diritto processuale civile*, 3, II ed., Milano 1954,393. Sono, inoltre, competenti ad emettere il provvedimento di sigillazione il giudice dinanzi al quale sia stato impugnato l'inventario, ovvero il giudice del procedimento ordinario in cui – incidentalmente – venga innestato un procedimento di sigillazione: in tal senso ROCCO, *Trattato di Diritto processuale Civile*, V, Torino, 1960, 317. Da notare, inoltre, l'ampiezza di poteri riconosciuti – in ambito esecutivo – al giudice dall'art.755 c.p.c. che si esplicano in tutta una serie di facoltà ed attività accessorie al procedimento stesso: potere di far ricorso alla forza pubblica, potere di decidere in merito alla vendita di beni deteriorabili, ecc. E', infine, evidente l'incisività del provvedimento: a seguito della apposizione dei sigilli è fatto divieto a chiunque di potersi servire dei beni che diverranno nuovamente utilizzabili solo a seguito di un contrario provvedimento di rimozione dei sigilli, ovvero, eccezionalmente, dietro provvedimento autorizzativo del giudice competente.

6 Atto introduttivo del giudizio sarà il ricorso che dovrà, anche nel silenzio della legge, contenere l'indicazione dei motivi nonché i presupposti fattuali che giustificano la proposizione della domanda; può ipotizzarsi, anche in tale caso, la piena applicabilità del disposto del principio generale dettato dall'art.125 del codice di rito. Da segnalare l'orientamento, minoritario, che prevede la forma orale della proposizione dell'istanza; merita, inoltre, di essere segnalata la tesi – francamente poco condivisibile – prospettata da

MASIELLO-BRAMA, *La volontaria giurisdizione presso la Pretura*, Milano, 1992, 205, che postula la necessità della sottoscrizione del ricorso introduttivo ad opera della parte; gli Autori ritengono, infatti, insufficiente la sola procura a margine dubitando, addirittura, della possibilità per la parte di conferire ad un professionista mandato difensivo, attesa la natura del ricorso – di giurisdizione volontaria – e l'assenza, nell'elenco dell'art.83 c.p.c., di tale atto; unica forma di procura possibile sembrerebbe essere, quindi, quella in calce al ricorso per sigillazione, attesa la palese assunzione della paternità dell'atto da parte di chi conferisce il mandato difensivo.

7 Tuttavia l'iniziativa officiosa trova un preciso limite nel disposto dello stesso art.754, che nel II comma sancisce il principio della prevalenza della volontà del testatore (sia pensi alle ipotesi in cui sia stato nominato un custode ovvero un amministratore dell'eredità); ulteriore limite è riscontrabile nel III comma del medesimo articolo, che, regolando l'ipotesi di morte di soggetto depositario di pubblici documenti, limita la sigillazione ai soli beni oggetti del deposito, ovvero ai locali dove i beni potrebbero essere depositati.

8 Il catalogo dei legittimati ci viene fornito dal combinato disposto degli articoli 753 e 754 c.p.c.; pur in assenza di una specifica previsione normativa, si ritiene che i legittimati dovranno, inoltre, fornire la prova, pur sommaria, dell'apertura della successione e della qualità di erede, legatario o creditore.

9 Per la trattazione della tematica dell'interesse ad agire si rinvia al successivo § 3.

10 La regola, vista anche la forma che riveste il provvedimento, per l'appunto il decreto, sembra essere – pertanto – rappresentata dal provvedimento reso *inaudita altera parte*; da segnalare la possibilità, ricorrendo la presenza di controinteressati alla sigillazione emergenti dallo stesso contenuto del ricorso, di un provvedimento emesso nel contraddittorio delle parti: in tal senso, SATTÀ, *Commentario al codice di Procedura Civile*, Libro IV parte II, Milano, 1957/1961, 69. Eccezionalmente il provvedimento di sigillazione potrà essere dato con sentenza, ovvero con ordinanza: per tali ipotesi già MORTARA, op. cit., 611; in senso analogo ROCCO, op. cit., 317; MOSCATI, voce *Sigilli (diritto privato e diritto processuale civile)*, *Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, 318.

immediatamente esecutivo – previa verifica della legittimazione ad agire, e previa cognizione sommaria<sup>12</sup> dei motivi adottati e deliberazione del *periculum*.

Il provvedimento potrà essere di accoglimento ovvero di rigetto della misura richiesta<sup>13</sup>; avrà, ovviamente, durata temporanea e sarà seguito dal provvedimento di rimozione la cui competenza sarà affidata allo stesso giudice che ha disposto la sigillazione e sarà eseguita dall'ufficiale che potrà procedere anche all'inventario a norma dell'art.769. Il provvedimento di rimozione reso anch'esso con decreto su istanza dei soggetti legittimati a chiedere la sigillazione<sup>14</sup>, potrà essere fatto oggetto di opposizione ancora innanzi allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento; in tal caso il giudice, previa instaurazione del contraddittorio ed istruzione della causa, deciderà con ordinanza non impugnabile.

Tracciate le linee principali dell'istituto occorre, ora, affrontare gli innumerevoli nodi interpretativi che una norma – solo all'apparenza chiara – genera.

In primo luogo, viene in rilievo il problema della qualificazione della natura del procedimento in questione, qualificazione che ha delle ovvie ed importantissime conseguenze in quanto determina il rito applicabile: misura cautelare, provvedimento di giurisdizione volontaria, ovvero provvedimento camerale?

E' interessante notare come, benché la dottrina muova – in maniera compatta – dal riconoscimento della finalità cautelare del procedimento di sigillazione, arrivi poi a negare pari natura al provvedimento utilizzando un percorso logico argomentativo che, a nostro avviso, non risulta essere a perfetta tenuta.

Abbiamo già avuto modo di accennare in precedenza che, nella ricostruzione della dottrina prevalente, i procedimenti in questione vanno ricondotti alla schiera dei procedimenti di giurisdizione volontaria. Tale qualificazione trova giustificazio-

continua da pag 27

11 Le modalità di attuazione sono determinate dalla stessa lettera del codice agli articoli compresi fra il 755 ed il 761, cui si rinvia. Per una esauriente trattazione: ROCCO, op. cit. 318 s.; vedi anche DI MARZIO M. – THELLUNG DE CAURTELLARY B., *Volontaria Giurisdizione e Successione Mortis Causa*, Collana Enciclopedia, CEDAM, Padova, 2000, 81 s. In ogni caso, anticipando conclusioni che troveranno puntuale trattazione *infra* nel testo, attesa la possibilità per il provvedimento in questione di assumere il carattere di misura cautelare; attesa, altresì, l'evidente coincidenza di effetti con i sequestri, crediamo si possa far ricorso, ove necessario, alle indicazioni prescritte dagli articoli 677 ss. e 669-*duodecies* c.p.c.

12 Non riteniamo condivisibile la tesi che nega al giudice il potere di procedere ad una cognizione pur sommaria del caso, dovendosi limitare lo stesso alla semplice valutazione della sussistenza della legittimazione attiva senza poter entrare nel merito della opportunità della concessione del provvedimento. Per la compiuta trattazione si rinvia al successivo § 4.

13 Il provvedimento non conterrà la pronuncia sulle spese che, a norma dell'art.511 c.c., saranno a carico della massa ereditaria. Secondo Cass. 24.7.2000 n.9648 la ricordata disposizione sulle spese, rappresenta una

parziale deroga al disposto dell'art.90 c.p.c. che rimarrà operante ai soli fini delle disposizione in merito all'anticipazione delle spese di procedura. In senso analogo, ARIETA, in MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. II, Padova 2002, 1525. Per ulteriori riferimenti in tema di ripartizione delle spese – anche in ambito fallimentare – si rinvia a MOSCATI, op. cit., 321.

14 L'art.762 non include fra i legittimati ad instare per la rimozione i soggetti indicati dall'art.753, I co., n.3. Tuttavia, a nostro avviso, tale esclusione – giustificata dalla mancanza di interesse dei detti soggetti alla successione – non può essere generalizzata: infatti se è vero che il fine precipuo della sigillazione sembra essere quello di cristallizzare lo status quo al momento della morte – anche al fine di tutelare familiari e domestici conviventi da potenziali accuse di sottrazione dei beni – in vista di una divisione dell'asse ereditario, è altrettanto vero che il diritto alla richiesta del provvedimento di rimozione potrebbe nascere dalla qualità di erede ovvero di legatario (si pensi all'ipotesi del familiare convivente o del domestico beneficiario di un legato) o ancora dal diritto di proprietà su di un bene erroneamente compreso nel provvedimento di sigillazione.



ne nell'assenza di una specifica lesione di diritti soggettivi, ovvero della sussistenza di una reale contesa sulla titolarità dei beni; in sostanza si tratterebbe di un procedimento volto ad assicurare esclusivamente la tutela dell'interesse pubblico alla custodia del patrimonio ereditario in una situazione di incertezza della titolarità e consistenza<sup>15</sup>.

Per la verità già sotto la vigenza del vecchio codice era aperto il dibattito che portava ad interrogarsi sulla natura del procedimento in questione, e sulla possibilità di convivenza fra lo stesso e provvedimenti tipici, quali i sequestri, ed a concludere per la riconduzione delle tutele in oggetto ora nel novero della volontaria giurisdizione, ora sotto quello della giurisdizione contenziosa ordinaria<sup>16</sup>.

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice, il dibattito è proseguito continuando a dividere gli studiosi fra sostenitori della teoria della volontaria giurisdizione<sup>17</sup>, e sostenitori della riconduzione al novero dei procedimenti cautelari in senso proprio<sup>18</sup>.

In verità il dibattito dottrinale sembra essersi sopito, complice anche la già ricordata pressoché totale mancanza di provvedimenti giurisprudenziali; l'entrata in vigore del rito cautelare uniforme ha definitivamente spostato l'attenzione degli studiosi su tematiche diverse. Ad onor del vero, non sono mancati contributi che hanno finito per aderire in maniera pressoché totale all'ipotesi ricostruttiva della volontaria giurisdizione<sup>19</sup>; uniche voci fuori dal coro sembrano essere rappresentate da chi conclude per la qualificazione dei procedimenti di sigillazione come pro-

15 In tal senso GROSSI, voce *Sigilli (apposizione e rimozione di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1990, 526 ss.; in senso analogo, ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. IV, Napoli, 1964, 568.

16 Nel primo senso, GIRIORDI, voce *Apposizione e rimozione dei sigilli*, in *Il Digesto Italiano*, Torino 1896, 144 ss; contra, per la riconduzione alla tutela ordinaria MORTARA, *Commentario, cit.*, 608 ss; l'Autore, dopo aver definito un "manifesto equivoco" la collocazione dei procedimenti di sigillazione fra i procedimenti in tema di apertura delle successioni, al fine di una acuta ricostruzione del procedimento, conclude ponendo ben in evidenza la differenza intercorrente fra i procedimenti di volontaria giurisdizione e le materie da trattare senza contraddittore tra le quali riconduce, senz'altro, i provvedimenti concernenti l'apertura delle successioni; rileva ancora come l'assenza di un contraddittore non comporti necessariamente l'attrazione di tali materie alla volontaria giurisdizione, che quindi "non cessano d'appartenere alla giurisdizione contenziosa. Laonde i procedimenti speciali trattati dal codice possono essere osservati fino a che manca il contraddittorio; quando questo si rende inevitabile per la forza delle circostanze, le menzionate materie non possono più sfuggire alle regole del contenzioso ordinario, salvo che la legge espressamente abbia provveduto in tale guisa". Ne viene fuori, pertanto, un procedimento misto che partecipa, a seconda delle fasi e della tipologia del provvedimento, ora alla giurisdizione contenziosa, ora alla giurisdizione volontaria.

17 SATTA, op. cit., 66; AMATUCCI, voce *Sigilli*

(*apposizione e rimozione di*), in *Enciclopedia Forense*, Milano, 1961, 843; REDENTI, op.cit., 393; nega, ancora, la natura cautelare CALVOSA, *La tutela cautelare*, Torino, 1963, 387: secondo l'autore l'apposizione di sigilli non sarebbe una misura cautelare in quanto misura volta ad attuare "la tutela normativa, nel senso di consentire che i singoli interessi, nucleo delle diverse situazioni soggettive, possano essere soddisfatti e così assicurato il rispetto dei giudizi di rilevanza e di prevalenza, dei quali i singoli interessi, sono stati oggetto".

18 ROCCO, op.cit., 313; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1959, I, 69; MOSCATI, op.cit., 321; riconosce la natura di provvedimento cautelare teso alla garanzia dei risultati dell'esecuzione forzata, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 37; in senso analogo PISTOLESE, voce *Sigilli*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1938, 294 ss; ancora PROVINCIALI, voce *Fallimento*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino 1960, 1145. Sostiene, infine, una equivalenza – nella sostanza e negli effetti – con il pignoramento VERDE, *Il pignoramento*, Napoli, 1964, 19 ss; contra BONSIGNORI, voce *Pignoramento*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Torino 1966, 77; MOSCATI, op. cit., 322.

19 DI MARZIO – THELLUNG DE COURTELLARY, op. cit., 60; CHIZZINI, *Commento all'art. 752, in Codice di procedura civile commentato*, a cura di Claudio Consolo e Francesco P. Luiso, Milano, 2000, 3196; contra, per la natura cautelare, in verità con argomentazioni poco persuasive, MASIELLO - BRAMA, op. cit., 206.



cedimenti camerali, ovvero – alla sussistenza di effettivi *pericula* da neutralizzare – nel novero delle tutele cautelari<sup>20</sup>.

Passando in rapida rassegna le poche pronunce giurisprudenziali rinvenute in materia, emerge con evidenza che l’atteggiamento ondivago della dottrina trova conferma nelle decisioni sia di merito che di legittimità: provvedimento di natura volontaria<sup>21</sup>, vero e proprio procedimento di cognizione<sup>22</sup>, provvedimento cautelare a tutti gli effetti<sup>23</sup>.

In realtà le varie ricostruzioni dottrinali appena richiamate, in modo particolare quelle più recenti, a nostro sommo parere, muovono da premesse, che assurgono quasi ad assiomi, che – al contrario – necessitano di puntuale dimostrazione, non tenendo nella giusta considerazione nè la matrice storico culturale nella quale nasce il procedimento di sigillazione, nè l’indubbia evoluzione del dibattito dottrinale sviluppatasi intorno ai procedimenti speciali a seguito dell’introduzione del rito cautelare uniforme; soltanto un’analisi che tenga nel debito conto i detti elementi, potrà condurre alla corretta soluzione dell’intricata questione.

### **3. Analisi critica: il procedimento per l'apposizione di sigilli non è da ricondurre né nel novero della giurisdizione volontaria, né in quello delle tutele camerali.**

Per comprendere la *ratio* sottesa alla norma, occorre muovere da una breve indagine del sistema successorio che, ancorché non rappresenti l’unico campo di applicazione dei provvedimenti di sigillazione, copre la parte prevalente dell’ambito applicativo stesso, anche in considerazione delle affinità che caratterizzano le tutele afferenti alle successioni, con quelle relative ai procedimenti in materia di stato delle persone<sup>24</sup>.

Il procedimento per l’apposizione dei sigilli era già presente nel codice del 1865, ed era stato dallo stesso mutuato – unitamente al principio successorio della *saisine*<sup>25</sup> – dal diritto francese; il codice del 1942, operando un’inversione di tendenza reintrodusse un sistema successorio basato sulla *aditio* di matrice romanistica<sup>26</sup>. In realtà, le intenzioni rinvenienti dalla “*Relazione al Re*”, non trovarono puntuale attuazione nella lettera del codice poi approvato; venne infatti introdotto un sistema misto che partecipa sia della *saisine* (il possesso dei beni, infatti, si acquista

20 Nel primo senso ARIETA, op. cit., 1523; per la natura cautelare RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme, in I procedimenti sommari e speciali*, Torino 2005, Vol. II, tomo I, 251 s.

21 Pret. Perugia 25.10.1937, in *Foro Umbro*, 1938,74; Trib. Milano 05.10.1966, in *Monitore dei Tribunali*, 1967, 1278.

22 Trib. Caltanissetta 11.06.1940, in *Rassegna nissena*, 1941, 291.

23 Cass. 05.04.1968 n.1044, in *Foro It.*, 1968, I, 1172; Trib. Foggia 01.12.1995, in *Giur. Merito* 1996, 214; Cass.

18.07.2002 n.10446, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 1270.

24 Si pensi all’ipotesi di amministrazione dei beni dell’interdicendo, ovvero del minore nelle more della nomina del tutore.

25 Istituto che prevede il passaggio diretto sia del possesso che della titolarità dei beni dal *de cuius* all’erede a seguito della sola delazione.

26 Istituto che, contrariamente, condiziona il passaggio sia del possesso che della titolarità dei beni all’accettazione espressa dell’eredità.

con la sola delazione; sono riconosciute, conseguentemente, all'erede tutte le azioni possessorie), sia dell'*aditio* (la titolarità dei beni si trasmette solo a seguito di accettazione)<sup>27</sup>. E' evidente, a tal punto, che in un sistema basato sul passaggio diretto di possesso e titolarità dei beni ben poco spazio trovi la necessità di una forma di tutela speciale, essendo già in capo all'erede tutte le azioni a difesa sia della proprietà che del possesso, residuando ipotesi di tutela nei soli casi di incapacità assoluta dell'erede. Discorso diverso deve essere fatto con riferimento ad un sistema basato integralmente sull'*aditio*, ovvero in un sistema "ibrido" come quello introdotto dal codice del 1942: maggiori saranno, infatti, gli ambiti possibili di tutela, attesa l'assenza in capo al chiamato all'eredità di tutta quella serie di diritti (e relativi poteri) derivanti dalla piena titolarità dei beni<sup>28</sup>.

Ebbene è proprio in tale contesto storico<sup>29</sup>-normativo, che si inserisce l'istituto della apposizione dei sigilli, teso sì, alla tutela dell'integrità dei beni della massa ereditaria rimasti temporaneamente senza un amministratore, ma anche alla tutela di tutti quei diritti soggettivi afferenti alle varie categorie dei chiamati<sup>30</sup>, eredi come legatari; conviventi del defunto, come creditori dello stesso<sup>31</sup>.

E' evidente come un così ampio ventaglio di legittimati, non possa non postulare una ugualmente ampia casistica di diritti, interessi ed azioni; il tutto con la necessaria conseguenza di causare una evidente difficoltà nell'incasellare la fattispecie in un rigido schema procedimentale.

Ciò nonostante, non possiamo prescindere dal tentativo di ricondurre a sistema la materia, prendendo le mosse, oltre che dall'ambito applicativo – ritengo già sufficientemente esplorato per quello che la presente sede concede –, sia dalla sussistenza dei presupposti come pure delle condizioni dell'azione.

Dalle brevi premesse emergono, con evidenza, due elementi: da un canto l'eventualità dell'esperimento del procedimento di sigillazione; dall'altro - attesa la

---

27 In realtà la teoria appena proposta non trova, in dottrina, unanimità di consensi: non manca, infatti anche sotto la vigenza dell'attuale codice civile, chi continua a propendere per la teoria della *saisine*, e chi propende per un'applicazione "integrale" del sistema dell'*aditio* romanistica; il tutto con le ovvie conseguenze sia da punto di vista delle tutele riconosciute al chiamato, sia ai poteri dallo stesso esercitabili. Per una esauriente panoramica MOSCATI, op. cit., 312 s; DI MARZIO – THELLUNG DE COURTELLARY, op. cit., 52 ss.

28 Si pensi, ad esempio, all'evidente vuoto di tutela che verrebbe a crearsi nell'ipotesi in cui si neghi, in difetto di un'accettazione espressa dell'eredità, la titolarità e del possesso e della proprietà: l'assenza da un canto di una relazione diretta con il bene oggetto della misura conservativa, dall'altro di un diritto sia pure presupposto o affermato, impedirebbero al chiamato di far ricorso sia alla tutela ordinaria che a quella speciale, atteso il palese difetto sia di legittimazione, sia dell'interesse ad agire. Con ogni probabilità è proprio in un contesto simile a quello appena accennato che nasce e acquisisce pieno significato la misura cautelare conservativa della sigillazione.

29 Non sembra trascurabile considerare la "lentezza" delle transazioni commerciali, come pure le oggettive difficoltà nei mezzi di comunicazione che caratterizzavano la società dei primi anni del secolo scorso.

30 Per un'esauriente quadro storico MOSCATI, op. cit., 311 ss.

31 A ben vedere è proprio un così ampio campo di legittimati ed il conseguente ampliamento di diritti da tutelare che provoca i maggiori problemi ricostruttivi. Come vedremo, infatti, a fronte di situazioni nelle quali in capo al legittimato concorrono vari strumenti di tutela, possiamo individuare ipotesi in cui – vuoi per la mancanza di uno stretto collegamento con il bene di cui si chiede tutela, vuoi per l'incertezza sulla stessa qualità di erede, come creditore ovvero proprietario – non sussistono ambiti di tutela urgente dei diritti ovvero dei beni. Lacune che difficilmente avrebbero potuto trovare completamente in un sistema in cui non esistevano strumenti quali quello previsto dall'art. 700 c.p.c.

necessarietà sia di una lesione di un diritto soggettivo<sup>32</sup>, sia dell'evidente presenza dell'interesse ad agire in tutela dello stesso<sup>33</sup> -, il dato certo che avviare il procedimento equivarrà ad esercizio del potere (diritto) di azione<sup>34</sup>.

Se ne ritrae un quadro che ben assume i profili della tutela contenziosa ordinaria, ovvero di quella cautelare, più che quelli della giurisdizione volontaria, o della tutela camerale.

Un'analisi critica della ricostruzione dottrina prevalente non può che prendere le mosse dalla verifica di un presupposto che, erroneamente, viene dato per assunto, ma che al contrario necessita di una puntuale verifica.

Ci riferiamo ai dati sia dell'assenza di contestazione sul diritto, sia dell'impossibilità per il provvedimento di sigillazione di ledere altrui diritti soggettivi<sup>35</sup>; dati che, all'evidenza, forniscono alla dottrina prevalente lo spunto per ricondurre nel novero della giurisdizione volontaria il procedimento in oggetto.

Al contrario, sarà semplice verificare sia l'evidente coinvolgimento di diritti soggettivi<sup>36</sup> - si pensi alla forte incisività della norma che, pur temporaneamente, priva gli eredi come i possessori dei beni della disponibilità degli stessi -, sia la sussistenza delle contestazioni e delle eventuali lesioni che il diritto stesso potrebbe subire a seguito della sigillazione.

La mancanza di contestazione e l'assenza di lesione o pericolo, renderebbero del tutto inutile - con conseguente palese difetto di interesse ad agire<sup>37</sup> - il ricorso ad un provvedimento urgente e conservativo; ben potrebbero, infatti, i coeredi agire per la formazione dell'inventario (operazione che, se pur funzionalmente collegata a quella di apposizione di sigilli, non è necessariamente susseguente); ovvero procedere all'elaborazione di un progetto "bonario" di divisione; o, ancora, adire la via giudiziaria.

Ne discende, pertanto, che la tesi della natura volontaria di tale procedimento sembra essere poco persuasiva: sostenere, infatti, l'assenza di contestazione ed intravedendo nel procedimento di apposizione una semplice pubblica amministrazione di un privato interesse, non soltanto svuoterebbe di contenuto una norma - che per ammissione degli stessi autori che pur sostengono la natura volontaria del procedimento di sigillazione - caratterizzata da una indubbia funzione lato *sensu* cautelare, ma contravverrebbe allo stesso dato letterale del codice<sup>38</sup>.

32 Che si concreterà, ad esempio, nella possibile o verosimile (da valutare in termini di *fumus*) possibilità della lesione del diritto, ad esempio, a succedere (nell'ipotesi dell'erede legittimo pretermesso); nella lesione del diritto di credito (nell'ipotesi di creditore del defunto).

33 Rappresentato, per tornare agli esempi della nota precedente, dalla sussistenza del pericolo di assegnazione delle quote ereditarie in danno dell'erede pretermesso, ovvero nel rischio di perdita della garanzia patrimoniale - creata dalla dispersione del patrimonio - quanto al creditore.

34 In tal senso, ROCCO, *op. cit.*, 315, in nota n.4.

35 Così, GIRIORDI, *op. cit.*, 145.

36 Analogamente ARIETA, *op. cit.*, 1523.

37 Né varrebbe affermare che, in tali casi, l'interesse ad agire sia "in re ipsa". Infatti, se ciò può essere vero ove

riferito ad azioni costitutive che - a ben vedere - rappresentano la regola nei procedimenti di giurisdizione volontaria, poco pertinente sembra l'affermazione riferita ad un procedimento con finalità esclusivamente cautelari-conservative.

38 Affatto condivisibile risulta, in proposito, l'ipotesi ricostruttiva proposta da DI MARZIO - THELLUNG DE COURTELLARY, *op. cit.*, 60: secondo tali Autori la natura volontaria imporrebbe "di ritenere ogni qual volta sia insorta una controversia, il ricorso alla sigillazione vada escluso e debba cedere il passo agli strumenti propri della giurisdizione contenziosa. Se vi è una lite, occorre dirimerla, e ciò il giudice della giurisdizione volontaria non può fare". L'aderire a tale tesi, oltre a svuotare di contenuto la norma, sarebbe foriera di notevoli problemi applicativi: quale potere legittimerebbe - attesa la ricordata mancanza di collegamento con il bene protetto - l'erede ad adire la via ordinaria?

Infatti, i casi di assenza di contestazione di un diritto, rappresenteranno una ipotesi del tutto residuale, a fronte di una vasta casistica di ipotesi di conflitto, vuoi fra coeredi, vuoi fra eredi e legatari, vuoi ancora fra creditori del defunto ed eredi.

Il procedimento di sigillazione, pertanto, avrà quali presupposti necessari da un canto la sussistenza della lesione di un diritto soggettivo; dall'altro la presenza del pericolo della sottrazione dei beni<sup>39</sup>.

D'altra parte che l'esistenza di una contestazione incidente sulla titolarità dei beni, ovvero sulla qualità di erede sia sempre presente, è ulteriormente dimostrato dalla ipotesi che prevede la possibilità di ricorrere al provvedimento di sigillazione sia durante le operazioni di inventario – ed in tal caso i sigilli potranno essere apposti solo sui beni non ancora inventariati –, sia nelle more del giudizio di impugnazione dell'inventario stesso.

Ancora, negare la natura di procedimento giurisdizionale a carattere contenzioso, non riuscirebbe a spiegare ipotesi di provvedimenti di sigillazione resi in corso di causa, ovvero provvedimenti di sigillazione dati con sentenza<sup>40</sup>.

Né persuade la ricostruzione sistematica di chi<sup>41</sup> tenta di ricondurre nell'ambito delle tutele camerali il procedimento di sigillazione. Infatti, al di là del dato relativo alla composizione dell'organo giudicante – collegiale (almeno tendenzialmente) nelle tutele camerali; monocratico<sup>42</sup> nelle ipotesi di apposizione di sigilli –, i riti camerali, pur se caratterizzati da una spiccata deformalizzazione e semplificazione, restano sempre procedimenti a cognizione piena.

In altre e più dirette parole, “il legislatore ricerca la semplificazione formale ma mantiene l'aspirazione (secondo alcuni non ben realizzata) ad un giudizio di cognizione piena e qualitativamente non inferiore a quella offerta dal rito ordinario”<sup>43</sup>; insomma, siamo di fronte ad un giudizio a cognizione piena; che prevede il rispetto del principio del contraddittorio, e che si conclude con un provvedimento – reso anch'esso con decreto che acquista efficacia esecutiva se non reclamato nei termini di cui al combinato disposto degli articoli 739 e 741 c.p.c.<sup>44</sup> – che, ancorché modificabile e revocabile, è idoneo a regolare il rapporto controverso.

Tali caratteri, a ben vedere, non ricorrono affatto nel procedimento di sigillazione; infatti, a prescindere dalla natura giuridica che allo stesso voglia riconoscersi, emergono con evidenza gli elementi tipici della cognizione sommaria: il decreto è concesso, di regola, *inaudita altera parte*; produce effetti puramente conservativi

39 Come si esporrà in maniera più approfondita oltre, non solo sarà necessaria la verifica del *fumus*, ma anche la delibazione del *periculum*, vero elemento discriminante per la qualificazione, ovvero per la negazione, della natura cautelare di un provvedimento urgente.

40 Per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali vedi *infra* nel testo *sub* nota 10.

41 ARIETA, *op. cit.*, 1520 ss.

42 Si pensi alla sopravvivenza della competenza, in casi di particolare urgenza, del giudice di pace, competenza che –

ancorché affondi le radici nella struttura della figura del conciliatore cui pur era affidata una competenza in ambito esecutivo e cautelare – per gli indubbi problemi che crea e per la conseguente incompatibilità sia con la competenza affidata al detto ufficio giudiziario, sia con il rito uniforme, deve ritenersi abrogata. Residuerà una competenza limitata all'espletamento di mere funzioni esecutivo-attuative all'occorrenza delegate dal giudice della tutela.

43 In tal senso, CONSOLO, *Spiegazioni di Diritto processuale, Le tutele*, tomo I, Padova, 2003, 275.

44 Fatta eccezione per l'ipotesi prevista dall'art.741, Il comma, c.p.c.

e, pertanto, non è idoneo a regolare, neanche in via provvisoria, il rapporto fra le parti; ha efficacia limitata nel tempo – che si estende fino al momento dell’emanazione del successivo provvedimento di rimozione dei sigilli –; è sempre dotato di efficacia esecutiva immediata.

Insomma, se possono riscontrarsi alcuni punti di contatto – afferenti per lo più all’ambito delle materie trattate –, è evidente che affatto simili risulteranno essere struttura e finalità dei due procedimenti, con conseguente impossibilità di ricondurre il procedimento per l’apposizione e rimozione dei sigilli, nel novero delle tutele camerali.

#### **4. La duplice natura dei provvedimenti per l’apposizione e rimozione di sigilli**

Il percorso argomentativo su esposto, a nostro avviso, ben pone in evidenza la ricorrenza – nei procedimenti oggetto del presente commento – dei caratteri tipici della tutela cautelare<sup>45</sup>; notazione che se, *prima facie*, può sembrare intuitiva, al contrario necessita di un puntuale riscontro.

Al di là dell’incontestato riconoscimento della indubbia funzione cautelare, a ben vedere il filo rosso che lega gli sforzi ricostruttivi di tutta la citata dottrina e che emerge dalla stessa lettera del codice, è – con evidenza – rappresentato dalla sussistenza sia del requisito dell’urgenza del provvedere, sia di vari pericula (con conseguente necessità di procedere alla loro paralisi); notazione che prescinde dalla funzione finale – vuoi tesa alla protezione di un diritto soggettivo, vuoi tesa alla protezione di un più generico interesse pubblico (ad es. garantire la regolare trasmissione dei beni dal defunto agli eredi) – e della natura che al procedimento di sigillazione si vuole attribuire.

Pur non potendo, in tale sede, affrontare *funditus* il problema della natura del procedimento cautelare<sup>46</sup>, tracciando a brevi linee i caratteri peculiari della cautela, emergerà che la dottrina, classica come moderna, individua nella sommarietà della cognizione, nell’urgenza del provvedere, nella provvisorietà degli effetti e nella funzione ancillare ad un futuro processo di merito i tratti caratterizzanti della misura cautelare, ed – ancora – nella sussistenza del *fumus boni juris* e del *periculum in mora* – nelle due forme del danno da ritardo o da infruttuosità della futura causa di merito –, le condizioni (o presupposti) della tutela.

Tuttavia, ad una linearità dei presupposti non corrisponde un altrettanto chiara coincidenza di significati da attribuire ai singoli termini. Tale confusione terminologica produce un duplice ordine di problemi: da un canto conduce ad utilizzare come sinonimici termini che in realtà indicano aspetti affatto simili; dall’altro indu-

45 Per uno studio della problematica si rinvia alla pregevole indagine compiuta da RECCHIONI, *op.cit.*, spec. Cap.I.

46 Ci riferiamo ai provvedimenti di istruzione preventiva,

ex art.692ss. c.p.c.; ai sequestri ex artt.2693, 2769, 2793 c.c.; ovvero alle cautele ex art.2813 c.c.; per trattazione completa della tematica, si rinvia a RECCHIONI, *op.cit.*, 35 ss.; in senso analogo già CALVOSA, La tutela cautelare, Torino, 1963, 184 ss.

ce a soffermare l'attenzione su aspetti che rappresentano caratteri della tutela cautelare, ma che non individuano il vero elemento qualificante della tutela stessa. Si finisce, in sostanza, con l'identificare nell'urgenza del provvedere, nella provvisorietà degli effetti e nel nesso di strumentalità i dati caratterizzanti della misura cautelare, senza in realtà considerare pienamente che tali elementi, pur essendo tipici, non sono i veri dati peculiari della cautela.

L'assunto viene oggi messo in discussione dallo stesso legislatore che – prima nel processo societario commerciale, poi nel rito ordinario a seguito della nota riforma introdotta dalla legge n.80/05 – prevede misure cautelari anticipatore completamente svincolate dal rigido legame di strumentalità e che conservano efficacia in difetto dell'instaurazione della causa di merito – cui pure sono strumentali – sopravvivendo anche all'estinzione del detto processo.

L'attuale panorama legislativo, pertanto, impone di confrontarsi con un interrogativo preciso: può la strumentalità rappresentare il dato caratterizzante della misura cautelare? La risposta non può che essere negativa: al di là delle ricordate riforme, occorre rilevare che nel codice già esistevano una serie di procedimenti che, benché universalmente riconosciuti come cautelari, risultavano svincolati dal nesso di strumentalità<sup>47</sup>.

Né a migliore tenuta sembra essere l'argomentazione che vede nella sommarietà della cognizione l'elemento caratterizzante della tutela cautelare: la sommarietà, come la deformalizzazione del rito, caratterizza anche altri procedimenti<sup>48</sup> ben distinti dai cautelari; allo stesso modo non risulterà decisiva l'argomentazione che vede nel *fumus* e nella conseguente cognizione sommaria sul diritto tutelando un dato caratterizzante: a ben vedere in sede cautelare il diritto è dedotto in chiave di mera affermazione alla stessa stregua di quanto avviene nel rito ordinario<sup>49</sup>.

Evidente, a tal punto, la necessità di leggere in chiave critica il presupposto dell'urgenza. E' stato recentemente notato come il detto concetto sia stato poco esplorato dalla dottrina processual civilistica italiana, che ha finito per identificarlo (o confonderlo) con un concetto di altra portata quale quello del pericolo. Urgenza e pericolo, a ben vedere, rappresentano elementi del tutto diversi: infatti, l'urgenza del provvedere non presuppone necessariamente la sussistenza di un pericolo attuale e concreto di lesione del bene, con conseguente difetto di interesse ad agire in via cautelare<sup>50</sup>.

Sarà, pertanto, la sussistenza del pericolo ad assurgere ad elemento sceveran-

---

47 Ci riferiamo ai provvedimenti di istruzione preventiva, ex art.692 ss. c.p.c.; ai sequestri ex artt.2693, 2769, 2793 c.c.; ovvero alle cautele ex art.2813 c.c.; per trattazione completa della tematica, si rinvia a RECCHIONI, *op.cit.*, 35 ss.; in senso analogo già CALVOSA, *La tutela cautelare*, Torino, 1963, 184 ss.

vedi la rimeditazione di RECCHIONI, *op.cit.*, 149 ss.

49 Il diritto, infatti, sia nei procedimenti condannatori, sia in quelli di accertamento ovvero costitutivi, troverà "definitiva consacrazione" solo a seguito dell'emissione della sentenza.

48 Si pensi al procedimento di ingiunzione, ovvero ai molteplici procedimenti trattati con il rito camerale. Peraltro, sulla c.d. sommarietà della cognizione cautelare,

50 Per una panoramica esaustiva delle differenze sussistenti fra urgenza, rapidità del decidere e pericolo, vedi ampiamente RECCHIONI, *op. cit.*, 57 ss.

te fra ciò che è cautelare e ciò che non lo è. Il pericolo, infatti, deve essere inteso come una relazione fra eventi<sup>51</sup>: il compimento di una determinata azione – commissiva come omissiva – dovrà produrre una lesione concreta del diritto; in difetto della sussistenza di un concreto pericolo di lesione, saremo di fronte ad una misura urgente che sarà tutt'altro che cautelare. In altre e più dirette parole, sarà la verifica della sussistenza o meno di un concreto pericolo a fungere da elemento discriminante fra provvedimenti speciali urgenti, ovvero sommari non cautelari, e provvedimenti cautelari in senso proprio<sup>52</sup>.

Trasferendo le brevi considerazioni sopra svolte ai procedimenti oggetto della presente indagine, ne emergerà la vera natura: vero scopo del procedimento di sigillazione non è, come pur autorevolmente sostenuto, la semplice assicurazione della continuità nell'amministrazione dei beni – che ben potrebbe essere garantita (anche in assenza di un provvedimento giurisdizionale<sup>53</sup>) dai familiari conviventi<sup>54</sup> o meno con il defunto –, ma la paralisi dell'eventuale pericolo<sup>55</sup>, che assumerà forme diverse a seconda dei diversi interessi vantati dai singoli legittimati alla tutela. L'assenza di un rigido nesso di strumentalità, inoltre, non potrà servire ad escludere dal novero delle misure cautelari i provvedimenti di apposizione e rimozione di sigilli<sup>56</sup>; insomma, l'urgenza del provvedere, l'indubbia funzione di protezione, in via mediata, di un diritto soggettivo, la provvisorietà degli effetti e la conseguente inidoneità del provvedimento ad acquisire la stabilità tipica del giudicato, ben evidenziano la sussistenza degli elementi tipici della tutela cautelare. Ma sarà l'indagine sulla sussistenza o meno di un concreto pericolo da neutralizzare ad assurgere ad elemento finale ponendo in evidenza la duplice natura che può assumere il procedimento per l'apposizione o rimozione di sigilli: cautelare in senso proprio – con conseguente applicabilità del rito cautelare uniforme<sup>57</sup> – alla sussistenza del pericolo; procedimento speciale d'urgenza in difetto di un concreto ed attuale pericolo di lesione di un diritto.

51 Così RECCHIONI, *op. cit.*, 123 ss.

52 Per la distinzione vedi RECCHIONI, *op. cit.*, 146 ss.

53 Provvedimento che, ponendo un vincolo di indisponibilità sui beni, a ben vedere, produce l'effetto contrario di quello auspicato dalla dottrina.

54 Secondo DI MARZIO M. – THELLUNG DE CAURTELLARY B., *op. cit.*, 51, l'ipotesi della presenza di eredi entrati nel possesso dei beni, escluderebbe la possibilità di ricorrere alla sigillazione. L'assunto non sembra, tuttavia, condivisibile: se assumiamo, infatti, che scopo del provvedimento di sigillazione è la paralisi del pericolo, la presa in possesso dei beni non esclude affatto il possibile sorgere di contesa sugli stessi e della conseguente necessità di provvedere per l'adozione di un provvedimento conservativo.

55 Si considerino, ad esempio, le ipotesi di pericolo di sottrazione dei beni per l'erede pretermesso; ovvero pericolo di dispersione del patrimonio del defunto per il creditore.

56 In senso analogo già MOSCATI, *op. cit.*, 322; ugualmente ARIETA, *op. cit.*, 1522. La funzione ancillare, in ogni caso, può essere ben recuperata intravedendo in una ampia serie di futuri procedimenti (inventario; giudizio di divisione; azioni tese alla tutela del diritto di credito, ecc.) la successiva e susseguente causa di merito.

57 Né risolutiva sembra essere l'obiezione che pur potrebbe muoversi circa l'impossibilità di legare con un nesso di strumentalità misure cautelari e procedimenti di giurisdizione volontaria: pur aderendo alla ricostruzione che nega tale possibilità, la già dedotta scarsa importanza del vincolo di strumentalità e la dubbia (e molteplice) natura dei procedimenti cui pur potrebbe essere strumentale il procedimento di sigillazione, sembra non assurgere ad elemento determinante. Infatti, come già dedotto, se è vero che il provvedimento di sigillazione è, nella maggior parte dei casi, strumentale ad un procedimento contenzioso, è altrettanto vero che lo stesso è strumentale ad una serie di procedimenti che contenziosi non sono (si pensi alla redazione dell'inventario ovvero alla sigillazione disposta a seguito di declaratoria di fallimento).



A ben vedere, lo spunto per una chiave di lettura come quella appena prospettata, può ritrarsi dalla stessa lettera dell'art.752 c.p.c. Ci riferiamo alla distinzione operata dalla norma, in merito alla competenza, fra casi di sigillazione "ordinaria" e di "urgenza": al di là delle considerazioni già svolte – cui si rimanda<sup>58</sup> – in merito alla competenza del Giudice di Pace, ciò che, in tale sede, interessa approfondire è l'aspetto dell'urgenza: se è vero che l'urgenza postula un necessario collegamento col pericolo, è evidente che potranno verificarsi ipotesi di "sigillazione urgente" nelle quali è riscontrabile la sussistenza di *pericula* da neutralizzare, ed ipotesi di "sigillazione non urgente" nelle quali i detti *pericula* sono assenti<sup>59</sup>.

In conclusione è lo stesso articolo 752 c.p.c. a fornire l'addentellato normativo per la qualificazione del duplice volto della misura di sigillazione: procedimento speciale d'urgenza ovvero, alla sussistenza del pericolo, procedimento cautelare in senso proprio.

In verità tale ricostruzione, se pur consente di compiere un passo in avanti nell'inquadramento di buona parte delle ipotesi di sigillazione, non permette – tuttavia – di ricondurre ad unità il procedimento, né di risolvere le difficoltà di coordinamento che potrebbero sorgere, in ambito applicativo, con misure quali i sequestri o la tutela atipica ex art.700 c.p.c.<sup>60</sup>; né, infine, consente – a nostro sommo parere – di cogliere l'essenza e la vera portata del procedimento per l'apposizione e rimozione di sigilli. Oltre all'oggettiva difficoltà derivante dalla necessità, rimessa all'operatore pratico, di discernere fra il rito (cautelare o sommario) da applicare, la tesi appena esposta non permette di spiegare la possibilità di attivare un procedimento pur sommario in assenza dei presupposti generali quali l'interesse e la legittimazione ad agire<sup>61</sup>.

Una possibile soluzione potrebbe essere rappresentata dal riconoscimento, al procedimento di sigillazione, del carattere di misura cautelare conservativa speciale ed atipica; svincolata sia dal nesso di strumentalità<sup>62</sup>, sia – in ragione della molteplicità di diritti cui è deputata ad offrire tutela – da uno stretto collegamento con il bene oggetto della misura, sia, ancora, dalla tipizzazione di singoli *pericula* da paralizzare.

A ben vedere tale ricostruzione permetterebbe non soltanto di ricondurre ad

---

58 Sub § 2, in nota 2, nonché sub § 4, in nota 42.

59 Si pensi all'ipotesi della sussistenza del pericolo di sottrazione, ovvero alla mancanza dello stesso.

60 In merito, si rimanda al § 6.

61 Si pensi, ad esempio, al provvedimento richiesto dall'erede in assenza di alcuna contestazione.

62 La causa di merito sarà, infatti, solamente eventuale e potrebbe avere anche i caratteri del procedimento volontario (si pensi al duplice volto della divisione che

può ben assumere i caratteri sia della tutela contenziosa, sia di quella volontaria).

62 Si pensi al caso risolto dall'ordinanza oggetto del presente commento in cui il provvedimento è strumentale alla redazione dell'inventario ma assolve anche all'indubbia funzione di paralisi del pericolo di sottrazione dei beni da parte del legatario convivente del defunto in danno degli eredi legittimi che pur avevano accettato l'eredità con beneficio d'inventario; ma gli esempi di ipotesi simili, potrebbero essere molteplici.



unità l'intera materia, ma di differenziare i provvedimenti in esame dalle altre misure cautelari quali i sequestri ed i provvedimenti atipici ex art.700 c.p.c.

Permetterebbe inoltre di garantire tutela in situazioni non altrimenti tutelabili colmando un evidente vuoto di tutela: quale strumento cautelare sarebbe azionabile a tutela del pericolo di sottrazione dei beni da parte di un coerde ovvero di un legatario<sup>63</sup>? Né si potrebbe ricorrere al sequestro giudiziario – attesa la mancanza della contestazione sulla titolarità dei beni oggetto della misura conservativa; né, tanto meno, si potrebbe far ricorso alla tutela atipica ex art.700 c.p.c. che – notoriamente – è provvedimento anticipatorio e non conservativo. La specialità e la peculiarità del procedimento cautelare di apposizione di sigilli, permetterebbe – infine – di spiegare ipotesi quali quella della possibilità di innestare la richiesta di sigillazione all'interno del procedimento di inventario<sup>64</sup>.

Concludendo, saremmo di fronte ad una misura cautelare speciale conservativa ed atipica, applicabile a tutte quelle ipotesi particolari in cui, secondo quanto disposto dallo stesso art.768 c.pc., si debba procedere all'apposizione, ovvero alla rimozione di sigilli.

### **5. Segue: il vaglio di compatibilità ex art. 669-quaterdecies c.p.c. La struttura bifasica del procedimento per l'apposizione e rimozione di sigilli.**

Accertata la (possibile) natura cautelare del procedimento per l'apposizione e rimozione di sigilli, occorre sottoporre lo stesso al vaglio di compatibilità previsto dall'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., norma di chiusura della sezione I del Capo III, titolo I del Libro IV del codice di rito, cui è deputata l'esatta delimitazione dell'ambito applicativo del rito uniforme.

Senza poter, in tale sede, enucleare le innumerevoli problematiche teorico applicative suscitate dalla detta norma<sup>65</sup>, basti rilevare la duplice funzione assolta dalla norma tesa, da un canto, ad uniformare il rito delle tutele cautelari – sia attraverso un indubbia funzione abrogatrice delle norme incompatibili e confliggenti con lo stesso rito uniforme, sia attraverso la funzione di completamento delle lacune –; dall'altro alla valorizzazione ed alla salvaguardia delle norme speciali e del rito ad esse connesso; ne discende una norma ad “applicazione variabile”<sup>66</sup> che delega all'interprete il gravoso compito dell'analisi del rito speciale e del conseguente vaglio di compatibilità con il rito uniforme da cui far discendere l'applicabilità – totale o parziale – del rito stesso, ovvero la sua totale disapplicazione.

L'assenza, nel rito in esame, sia di un procedimento chiuso – attesa la necessità del ricorso ai principi generali per colmare le evidenti lacune procedurali –; sia

64 Eventualità che ben pone in evidenza la duplice natura del procedimento di sigillazione: ricorrendo il pericolo di sottrazione è data agli interessati la possibilità di innestare all'interno di un procedimento, notoriamente ritenuto volontario, un procedimento dotato di indubbio carattere cautelare.

65 Per una puntuale indagine della problematica si rinvia a RECCHIONI, *op. cit.*, 238 ss.

66 In tal senso TOMMASEO, *Variazioni sulla clausola di compatibilità (appunti in margine all'art. 669-quaterdecies c.p.c.)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, 709.

di chiari elementi di specialità del rito stesso, non possono che farci propendere per l'applicabilità del rito cautelare uniforme<sup>67</sup>.

L'applicazione del rito cautelare uniforme permette di ricondurre ad unità il procedimento di sigillazione, colmando le numerose lacune (afferenti alla competenza; alla forma ed ai contenuti della domanda introduttiva; alla "qualità" della cognizione del giudice; agli strumenti di controllo del provvedimento vuoi di accoglimento, vuoi di rigetto) spesso foriere di difficoltà e fraintendimenti interpretativi: sarà necessaria una cognizione – pur sommaria<sup>68</sup> – tesa alla verifica della sussistenza dei presupposti e delle condizioni dell'azione cautelare<sup>69</sup>; necessiterà, altresì, la deliberazione del pericolo<sup>70</sup>.

L'applicazione del rito uniforme permette, infine, di risolvere l'ulteriore problematica della possibilità di controllo sul provvedimento vuoi di accoglimento, vuoi di rigetto della misura di sigillazione.

Non sembra essere persuasiva, infatti, la tesi che identifica nel provvedimento di rimozione dei sigilli una sorta di impugnazione avverso il provvedimento di concessione della misura conservativa<sup>71</sup>. Dalla lettera del codice emerge, in tutta evidenza, la diversa funzione cui il provvedimento di rimozione dei sigilli è preordinato: scopo primario della rimozione, infatti, è l'azzeramento del vincolo di indisponibilità che colpisce i beni a seguito della sigillazione, rimozione che potrebbe ben essere giustificata dalla sopravvenuta necessità di una amministrazione urgente dei beni (si pensi all'ipotesi di vendita di beni deteriorabili). Inoltre, a ben vedere, il procedimento di rimozione assume lineamenti che poco si identificano con i caratteri peculiari delle impugnazioni: in primo luogo, competente alla rimozione sarà lo stesso giudice che ha emesso il provvedimento; legittimati all'istanza di rimozione non saranno gli stessi soggetti che pur possono richiederla; ancora il provvedimento che concede, ovvero nega, la rimozione dei sigilli, risulta impugnabile sempre dinanzi allo stesso giudice che lo ha emesso; infine non sembra essere

67 Sulla scorta del principio della compatibilità parziale e della indubbia funzione abrogatrice rivestita dal rito uniforme, dovrà ritenersi abrogata la competenza del giudice di pace; competenza che, mutuata dalla soppressa figura del conciliatore cui erano attribuite anche funzioni cautelari, risulta in aperto contrasto con la negazione – sancita dalla novella del 1990 – dell'attribuzione di poteri cautelari in capo alla magistratura laica.

68 La necessità di una di cognizione, pur sommaria, viene affermata anche da Corte Cost. 28.07.2000 n.400, in Giur. Cost. 200, 2810 – resa nel giudizio di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 752, 755, 757, 759 c.p.c. promosso dal Tribunale di Torino – che, in motivazione, ben pone in evidenza l'obbligo per il giudice di "accertare, ancorché con cognizione sommaria, che si sia aperta una successione, che appaia probabile l'esistenza del diritto a richiedere la conservazione del patrimonio ereditario e che sussista un effettivo pericolo di sottrazione o dispersione dei beni, rigettando conseguentemente l'istanza, qualora non siano stati offerti sufficienti elementi di prova".  
Contra, con argomentazione – invero – poco persuasiva, MASIELLO – BRAMA, *op. cit.*, 203.

69 Prova della sussistenza del requisito della legittimazione ad agire (ad esempio attraverso la produzione di un testamento, ovvero attraverso la dimostrazione di essere legittimato alla successione) e dell'interesse ad agire, nonché dell'allegazione di fatti comprovanti la sussistenza di pericolo.

70 Per la necessità della verifica dell'urgenza da compiersi ad opera dello stesso conciliatore, già GIRIORDI, *op. cit.*, 150; ma vedi anche ROCCO, *op. cit.*, 327; MOSCATI, *op. cit.*, 321; *contra*, ma con argomentazioni non persuasive, ARIETA, *op. cit.*, 1524 con riferimento alle particolari ipotesi di sigillazione richieste dai creditori del defunto; MASIELLO – BRAMA, *op. cit.*, 207.

71 In tal senso MASIELLO – BRAMA, *op. cit.*, 207; analogamente già SATTA, *Diritto processuale civile*, VII ed., Padova 1967, 672. L'Autore considera il provvedimento di rimozione una sorta di impugnazione, ove la rimozione stessa sia motivata dal fatto che il beneficiario della misura di sigillazione fosse sfornito della legittimazione a domandarla; afferma ancora l'Autore che, in tali ipotesi, il provvedimento di rimozione adempie alle funzioni di revoca. Ancora, in senso analogo, REDENTI, *op. cit.*, 393.

necessaria, almeno secondo la ricostruzione della migliore dottrina, la deduzione di precisi motivi di pretesa ingiustizia o illegittimità del provvedimento impugnato, essendo sufficiente la sola deduzione di un interesse opposto e contrario a quello che aveva portato alla sigillazione (si pensi alla necessità di dover procedere alla redazione dell'inventario).

Esclusa, pertanto, la possibilità di ricorrere al procedimento di rimozione quale mezzo di impugnazione del provvedimento giudiziale; posta, altresì, la necessità di avere un mezzo di controllo, non resta che far ricorso, ancora una volta, al rito uniforme e recuperare in pieno l'applicabilità del reclamo cautelare *ex art.669-terdecies c.p.c.*<sup>72</sup>.

Le considerazioni appena svolte inducono, a tal punto, ad interrogarci sul rapporto intercorrente fra il procedimento di apposizione ed il procedimento di rimozione dei sigilli, nonché sulla natura di quest'ultimo.

Emergerà, con evidenza, la natura bifasica<sup>73</sup> del procedimento: infatti, attesa la provvisorietà del procedimento di sigillazione, al provvedimento di apposizione non potrà che far seguito un provvedimento di rimozione<sup>74</sup>: pertanto i due procedimenti, in quanto fasi di una unica fattispecie, non potranno che essere caratterizzati dalla stessa natura; si rinvia, pertanto, alle considerazioni precedentemente svolte in merito al procedimento di apposizione di sigilli<sup>75</sup>.

## 6. Segue: rapporti fra il procedimento di apposizione di sigilli, i sequestri e la tutela atipica *ex art.700 c.p.c.*

Gli indubbi punti di contatto fra i provvedimenti di sigillazione ed i sequestri, inducono ad interrogarsi sul perché, data l'esistenza di uno strumento cautelare tipico, il legislatore abbia avvertito l'esigenza di prevedere uno strumento "speciale" quale quello dell'apposizione di sigilli.

72 Per la piena reclamabilità del provvedimento ai sensi dell'*art.669-terdecies*, la più volte citata ordinanza del Tribunale di Foggia. Per la possibilità di proporre reclamo dinanzi al Tribunale, già ANDRIOLI, *op.cit.*, 571. Conclude, inoltre, per la reclamabilità del provvedimento di apposizione dei sigilli, nelle forme del reclamo camerale, ARIETA, *op. cit.*, 1526; analogamente già SATTA, *Commentario, cit.*, 69. Escludono la reclamabilità del provvedimento, anche se con riferimento alla vigenza del codice di rito del 1865, GIRIORDI, *op. cit.*, 151; MORTARA, *op.cit.*, 621 s., che conclude, come ricordato, per la riconduzione del procedimento di sigillazione alla materia contenziosa ordinaria; pertanto, non ritenendo applicabile il reclamo previsto per le materie di giurisdizione volontaria, conclude per la possibilità di un ordinario giudizio – di primo grado, come di appello – avverso il decreto di accoglimento e di rigetto della misura di sigillazione. Tale tesi viene successivamente ripresa da AMATUCCI, *op. cit.*, 845.

73 In senso analogo GROSSI, *op. cit.*, 534.

74 Non riteniamo condivisibile l'affermazione della necessità della redazione dell'inventario a seguito della rimozione dei sigilli; in tal senso SATTA, *Commentario, cit.*, 80: ben infatti, potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui, venuto

meno il pericolo che aveva determinato il provvedimento di apposizione, si proceda alla divisione senza procedere all'inventario; ovvero ben sarebbe possibile avere un procedimento di inventario non preceduto da una preventiva sigillazione.

75 Anche in tal caso emerge la duplice natura dei detti procedimenti: infatti, ben può evidenziarsi la natura cautelare nell'ipotesi in cui la rimozione sia dettata dall'esigenza di paralisi di *pericula* (si pensi, ad esempio, alla necessità di amministrare beni sottoposti a sigilli che – in difetto – potrebbero deteriorarsi) ovvero da ipotesi in cui la rimozione sia semplicemente dettata dalla necessità di procedere all'inventario e sia, appunto, espressione della volontà delle parti. Inoltre, anche in tali ipotesi emerge la contenziosità della materia: il provvedimento di rimozione adottato in genere in contraddittorio fra le parti, può essere oggetto di reclamo. Ebbene, è proprio la previsione di tale possibilità che ci porte a ribadire la già dedotta distinzione fra le due fasi (di apposizione e di rimozione) ed a propendere, ove – chiaramente – si identifichi nel procedimento di rimozione una misura cautelare, una ipotesi di compatibilità parziale con il dettato normativo del rito uniforme.

Pur con la limitata diffusione che la presente sede concede all'indagine di una tale problematica, crediamo che le ragioni di una sola apparente duplicazione di mezzi di tutela, vada ricercata nel contesto storico in cui entrambe le misure hanno trovato compiuta regolamentazione e nella maggiore elasticità che l'una – l'apposizione di sigilli – riveste rispetto all'altra; ed è, con ogni probabilità, proprio in questo secondo aspetto che si evidenziano le vere peculiarità della misura.

Abbiamo già avuto modo di accennare all'orientamento dottrinale<sup>76</sup> che, sia sotto la vigenza del codice del 1865 sia nell'immediatezza dell'adozione del codice del 1942, negava la possibilità di ricorrere allo strumento del sequestro giudiziario per la tutela di diritti di obbligazione; ulteriore limite all'applicabilità della misura cautelare tipica dei sequestri, era – ed è tutt'ora – rappresentato dalla necessità di un rigido collegamento fra il bene oggetto della misura conservativa ed il diritto soggettivo tutelato.

Gli evidenti vuoti di tutela creati da una tale situazione normativa, hanno, con ogni probabilità, indotto il legislatore – anche in virtù del ricordato mutamento dell'istituto della successione *mortis causa* – a prevedere uno strumento atipico che potesse essere asservito alla tutela di una innumerevole serie di diritti soggettivi e di necessità di tutela<sup>77</sup>.

Ciò posto, appare evidente come il provvedimento di sigillazione si differenzi dai sequestri sia per un più ampio ambito applicativo (si pensi al limite della pignorabilità dei beni che condiziona l'attuazione del sequestro conservativo, limite assente nell'ipotesi di sigillazione che può estendersi finanche a beni impignorabili), sia per l'assenza di uno stretto vincolo di strumentalità con una precisa causa di merito<sup>78</sup>.

In conclusione, potremmo definire il provvedimento di sigillazione come una figura speciale di sequestro: misura cautelare atipica<sup>79</sup> che partecipa dei caratteri sia del sequestro giudiziario (atteso il vincolo sui beni che saranno poi oggetto di potenziale assegnazione agli eredi), sia di quello conservativo (dato il vincolo di indisponibilità sui beni – finalizzato all'esecuzione forzata – a tutela dei diritti del creditore del defunto), sia, infine, del sequestro liberatorio (nell'ipotesi di provvedimento richiesto dai conventi del defunto, ovvero dalla persone addette, al momento della morte, al suo servizio).

76 SATTA, Commentario, *cit.*, 154 ss.

77 Ricordiamo, infatti, che il procedimento per l'apposizione di sigilli, pur se nella presente sede esplorato con esclusivo riferimento alla materia successoria, trova applicazione anche in altri ambiti quali la materia fallimentare, nei giudizi in tema di stato e capacità, nella materia edilizia, in materia di igiene e sanità pubblica, oltre in una vasta serie di ambiti applicativi regolati dalla legge penale o da altre leggi speciali.

78 Si pensi al vincolo che lega il bene oggetto del sequestro giudiziario, ed alla controversia sulla proprietà

od il possesso del un bene cui la misura cautelare si pone in funzione servente; vincolo affatto presente nell'ipotesi di sigillazione che non postula alcun collegamento fra il bene oggetto della misura cautelare ed il diritto soggettivo tutelato in via mediata.

79 Qualificazione che, come già rilevato, potrebbe - *prima facie* - creare problemi di coordinamento con le tutele ex art.700: in realtà credo che il dubbio interpretativo può essere fugato dal carattere puramente conservativo della misura della sigillazione, a fronte di un tutela prevalentemente anticipatoria dei provvedimenti d'urgenza.

## 7. Conclusioni.

Tornando, infine, all'esame del provvedimento che ha stimolato le precedenti riflessioni, occorre notare come lo stesso prenda le mosse dal fraintendimento della portata della clausola di compatibilità di cui all'art.669-*quaterdecies* c.p.c., e della conseguente estensione dell'ambito applicativo del rito uniforme: contrariamente a quanto sostenuto dal Collegio giudicante è, infatti, pacifica l'applicabilità del rito uniforme a tutte le tipologie di provvedimenti cautelari siano essi codicistici – regolati, in sostanza, sia nel codice di rito anche fuori delle sezioni specificamente richiamate, ma anche nel codice civile ed in quello della navigazione –, che extravaganti – contenuti, cioè, nel dedalo delle leggi speciali –<sup>80</sup>.

Come accennato in precedenza (sub §5) la clausola di compatibilità assolve ad una duplice funzione: da un lato ricondurre ad unità i vari “riti cautelari”; dall'altro salvaguardare – con conseguente parziale o totale disapplicazione del rito uniforme – le esigenze di specialità sottese alla norma; in altre e più dirette parole, il vaglio di compatibilità non dovrà necessariamente condurre ad una totale applicazione (ovvero disapplicazione) del rito uniforme, ben potendosi verificare ipotesi di compatibilità parziale con funzione per il rito cautelare uniforme di colmare le lacune dei vari procedimenti speciali.

La decisione del Tribunale aquilano risulta, pertanto, viziata sotto due differenti profili: da un canto, presuppone la necessità di una compatibilità totale fra procedimento speciale e rito uniforme, soluzione – come detto – avversata dalla migliore dottrina; dall'altro, mal interpreta il disposto normativo laddove enuncia il principio di salvaguardia della norma speciale previgente rispetto alla norma generale sopravvenuta; soluzione che, a ben vedere, non può ricorrere nel caso di specie, sia per l'impossibilità di qualificare il procedimento di sigillazione – regolato dallo stesso codice di rito – come legge speciale, sia per la totale assenza nello stesso rito di caratteri peculiari (il riferimento deve essere alle peculiarità procedurali) tali da giustificare la disapplicazione del rito uniforme<sup>81</sup>.

80 ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 270; SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, 858; COSTANTINO, *Quattro interventi sulla riforma della giustizia civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 1993, 449; SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 357 e ss.; resta una voce isolata quella di OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 668 e ss., che opera una lettura restrittiva della norma escludendo l'applicabilità del rito cautelare uniforme ai provvedimenti cautelari previsti fuori dalle sezioni richiamate espressamente dall'art.669-*quaterdecies* c.p.c. Per un esauriente panoramica in merito all'ambito applicativo del rito cautelare uniforme, si rinvia a RECCHIONI, *op. cit.*, 238 ss.

81 Unico aspetto peculiare, potrebbe essere rinvenuto nell'attribuzione della competenza al giudice di pace mutuata dalla vecchia figura del giudice conciliatore cui pure, come già ricordato, erano attribuite finzioni

cautelari. Tuttavia, se una tale competenza poteva trovare giustificazione nella maggiore diffusione territoriale di tale ufficio giudiziario rispetto a quello pretorile, in un contesto sociale caratterizzato da una evidente lentezza sia nelle comunicazioni, sia nelle transazioni commerciali, non troverebbe buon albergo in un contesto sociale caratterizzato dall'alta velocità delle comunicazioni e dall'utilizzo di tecnologie avanzate. Ove a ciò si aggiunga una scelta di politica legislativa quale quella di impedire l'esercizio di funzioni cautelari alla magistratura laica, non può non concludersi per l'abrogazione tacita della competenza del giudice di pace, con sola sopravvivenza di funzioni esecutive delegate dal giudice competente all'emissione del provvedimento. Sembra, di contro, doversi intravedere nella procedura di opposizione avverso il provvedimento di rimozione dei sigilli, un carattere di specialità: la procedura di reclamo prevista dal rito uniforme sarà – pertanto – sostituita da quella “speciale” prevista dall'art.764 c.p.c.

Né miglior fortuna sortisce la pretesa negazione della natura cautelare del provvedimento di apposizione ovvero di rimozione di sigilli. La negazione della natura cautelare, pur condivisa dalla dottrina prevalente, viene in tale ordinanza giustificata facendo ricorso ad un percorso argomentativo francamente non condivisibile; negare la natura cautelare, affermando all'uopo l'assenza di una funzione anticipatoria<sup>82</sup>, equivarrebbe a negare la natura cautelare di tutta una serie di provvedimenti – quali i sequestri – pacificamente ritenuti cautelari, e connotati da un'indubbia ed esclusiva funzione conservativa<sup>83</sup>.

Né, infine, può giovare – ai fini della salvaguardia della norma speciale rispetto a quella generale ed alla conseguente disapplicazione (totale o parziale) del rito uniforme – affermare la presenza di una puntuale regolamentazione del procedimento di sigillazione. Abbiamo già avuto modo di rilevare, infatti, la presenza di numerose lacune che devono essere colmate attingendo a diversi riti quali quello camerale (ove si propenda per la natura volontaria, o camerale dei presenti procedimenti), ovvero quello cautelare uniforme.

Al contrario, risulterà in parte condivisibile – ove si aderisca all'ipotesi ricostruttiva della doppia natura dei provvedimenti di apposizione e rimozione di sigilli – la soluzione data nell'ordinanza relativamente al rigetto del reclamo con riferimento all'impugnazione del provvedimento che autorizza la rimozione dei sigilli; ciò per due ordini di motivi: in primo luogo il provvedimento avrebbe potuto trovare nel procedimento di opposizione dei cui all'art.764 c.p.c. il mezzo naturale di controllo; in ogni caso il reclamo cautelare – e di conseguenza l'integrale applicazione del rito cautelare uniforme – andrebbe esclusa attesa la mancanza della sussistenza di un pericolo concreto da neutralizzare, essendo, nel caso in esame, la rimozione finalizzata alla semplice redazione dell'inventario<sup>84</sup>.

Piena censura merita, di contro, la pronuncia in commento nella parte in cui rigetta il reclamo avverso il provvedimento di sigillazione: è palese, infatti, la sussistenza di un concreto pericolo di sottrazione dei beni in danno degli eredi ad

---

82 Evidente, a nostro avviso, il fraintendimento della portata del termine di anticipatorietà: lo stesso infatti non identifica soltanto una successione temporale di provvedimenti, indicando in sostanza il provvedimento provvisorio che precede il successivo dotato del crisma della definitività, ma va riferito agli effetti prodotti dalla misura cautelare che possono essere anticipatori, come conservativi. In ogni caso il provvedimento di accoglimento della misura cautelare, sia anticipatoria che conservativa, ha sempre funzione innovativa, essendo idonea a modificare – ancorché in via provvisoria – lo "status" dei diritti o dei beni sottoposti alla misura stessa.

83 D'altra parte, la bipartizione fra misure conservative ed anticipatorie, già unanimemente accettata da dottrina e giurisprudenza, trova oggi un addentellato normativo nelle già ricordate riforme sia del rito ordinario, che di quello speciale societario-commerciale

e nel noto allentamento del nesso di strumentalità per le misure anticipatorie.

84 Per completezza espositiva, occorre segnalare l'ipotesi ricostruttiva di chi (ANDRIOLI, *op. cit.*, 577) attribuisce alle operazioni di redazione dell'inventario funzione cautelare, intravedendo nelle stesse la parte finale di un unico procedimento assicuratorio-conservativo iniziato con l'apposizione dei sigilli; proseguito con la rimozione e concluso dalla esatta individuazione dei beni. L'assunto, a nostro avviso, non sembra condivisibile: oltre alle valutazioni già svolte sulla verifica dei presupposti e delle condizioni dell'azione cautelare, basti considerare l'oggetto e lo scopo del procedimento di inventario: risulterà evidente la totale assenza di elementi che possano – al di là della generica funzione di conservazione-individuazione di beni – integrare gli elementi tipici della tutela cautelare.

opera del legatario convivente e la conseguente lesione dei diritti degli stessi; l'urgenza del provvedere e la necessità di procedere alla pronta paralisi del pericolo, evidenziano in pieno la sussistenza dei caratteri tipici della tutela cautelare, aprendo le porte alla piena (ed incondizionata) applicabilità del rito uniforme al procedimento per l'apposizione e la rimozione di sigilli, con la necessaria conseguenza, per la parte soccombente, di ricorrere al mezzo di gravame previsto e regolato dall'art.669-terdecies c.p.c.

## **TRIBUNALE DI L'AQUILA**

Il Tribunale, composto dagli Ill.mi Signori Magistrati:

Dott. Antonio Villani Presidente

Dott. Giancarlo De Filippis Giudice rel. est.

Dott. Roberto Ferrari Giudice

Riunito in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

### **ordinanza**

Nella causa civile n° 58/2004 R.G.A.D., vertente tra:

Martorana Maria Laura (Avv. Dario Visconti).

### **reclamante**

e Ferri Gianluca Antonio fFrancesco e Ferri Alessia Francesca (Avv. Stefano Recchioni e Lanfranco Massimi).

### **convenuti**

**V**isto il reclamo, proposto il 31 gennaio 2004 da Maria Laura Martorana, con il quale è stato chiesto revocarsi i decreti, con i quali è stata ordinata la rimozione di sigilli e disattesa la richiesta di revocare il decreto con il quale era stata disposta l'apposizione dei sigilli, emessi il 15 ed il 16 gennaio 2004 dal G.O.T. di questo Tribunale Avv. Annarita Giuliani;

sentiti, all'udienza odierna, l'Avv. Dario Visconti per la reclamante e l'Avv. Stefano Recchioni per i convenuti;

udito il Giudice Relatore,

### **osserva**

**Il Reclamo è stato proposto "ex art. 669 terdecies c.p.c."**

L'ambito di applicazione di tale rimedio impugnatorio è stabilito dall'art. 669 quaterdecies c.p.c., che lo restringe ai provvedimenti previsti dalle sezioni II, III e V del capo III, titolo I, libro IV del codice di procedura civile (tra i quali non vi è il procedimento di apposizione dei sigilli, disciplinato al libro IV, titolo IV, capo II, sezione I, né quello di rimozione dei sigilli, disciplinato dalla successiva sezione II),



nonché “... in quanto compatibili, agli altri procedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali ...”.

Condizioni dell'estensione analogica del procedimento previsto dagli artt. 669 bis e ss. C.p.c. sono, quindi, la compatibilità delle norme sui procedimenti cautelari in generale con quelli dell'altro procedimento e la natura cautelare di quest'ultimo.

Nella specie mancano ambedue le condizioni, atteso che la funzione della rimozione dei sigilli, come pure dell'apposizione degli stessi, non è specificamente cautelare (cioè anticipatoria di una pronuncia giudiziale nelle more del giudizio di merito o ancor prima dell'inizio di questo), ma di generica conservazione materiale dei beni ereditari.

A ciò si aggiunga che gli artt. 752 e ss. C.p.c. regolamentano uno specifico procedimento in maniera minuta ed in modo del tutto diverso da quanto previsto dagli artt. 669 bis e ss. C.p.c.

Pertanto il reclamo deve essere dichiarato inammissibile, restando così assorbite tutte le restanti questioni prospettate dalle parti.

Attesa la novità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare per intero tra le parti le spese del giudizio relative alla fase di reclamo.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale di L'Aquila, decidendo la causa in epigrafe descritta, così provvede:

- 1) dichiara inammissibile il reclamo;
- 2) compensa per intero tra le parti le spese della presente fase di giudizio.

L'Aquila, 18 febbraio 2004.

il giudice rel. est.  
il presidente

Avv. Sabatino VACCARELLI



**TRIBUNALE DI TIVOLI – SEZIONE SEZIONE LAVORO –  
SENTENZA 20 SETTEMBRE 2005**

**svolgimento del processo**

**C**on ricorso depositato il 26/09/2002, Rufini Fabio esponeva di aver prestato attività lavorativa in Giudonia (Rm), presso la casa di cura privata sita alla via Tiburtina n. 188 con mansioni di ausiliario (III° livello CCNL Sanità Privata) alle dipendenze, dal 2.05.1990, della Congregazione delle “Ancelle della Divina Provvidenza” e, dal 1.01.2002, alle dipendenze della s.r.l. “ITALIAN HOSPITAL GROUP” (società che, a decorrere dall’indicata data, prese in gestione la clinica privata dalla predetta Congregazione); di essere stato, da quest’ultima, con lettera del 2.05.2002, licenziato per preteso giustificato motivo previa contestazione di addebito effettuata con lettera dell’8.04.2002, seguita dalle giustificazioni scritte del ricorrente in data 11.04.2002 evidentemente non ritenute idonee; che il fatto addebitato consisterebbe nell’aver avuto, il Rufini, il giorno 4.04.2002, una “colluttazione” nei pressi della macchina marcatempo del Pad. I con il collega Alessandro Orsini, al quale, invece, per lo stesso episodio, veniva irrogata una sanzione disciplinare meno afflittiva; che detto licenziamento sarebbe illegittimo in quanto, anzitutto, sproporzionato rispetto all’episodio del 4.04.2002 nonché sarebbe illegittimo e/o inefficace sotto il profilo della mancata risposta, da parte della società datrice, dei motivi del licenziamento richiesti dal ricorrente successivamente al licenziamento stesso, in sede di richiesta del tentativo di conciliazione all’U.L.P.M.O.

Tanto premesso, Rufini Fabio chiedeva che, previa declaratoria d’illegittimità e/o d’inefficacia del licenziamento, la società datrice suindicata fosse condannata alla propria reintegra nel posto di lavoro con risarcimento del danno ex art. 18 L. 300/70, atteso il numero di dipendenti, pacificamente superiore a 15.

Si costituiva in giudizio la società “ITALIAN HOSPITAL GROUP” s.r.l. che resisteva alla domanda e, argomentando, concludeva per il rigetto.

La causa veniva istruita mediante produzione documentale e assunzione di prove testimoniali.

All’odierna udienza, la causa veniva discussa e decisa come da separato dispositivo.

**motivi della decisione**

La domanda è fondata e, perciò, meritevole d’accoglimento.

Sulla base della documentazione in atti, il ricorrente non ha negato di aver avuto la colluttazione che ha motivato il provvedimento espulsivo adottato nei suoi riguardi dalla s.r.l. “ITALIAN HOSPITAL GROUP”; tant’è che con la stessa lettera di risposta alla contestazione di addebito il Rufini ha chiesto scusa, per i fatti accaduti il 4.04.2002, al Direttore del Personale e al collega orsini, oltre ad aver provveduto personalmente alle spese di riparazione della protesi dentaria di quest’ultimo, rottasi durante l’alterco.

La società resistente sostiene la legittimità del licenziamento del Rufini sotto il profilo, tra l'altro, che l'art. 33 del CCNL Sanità Privata per il personale non medico prevede quali comportamenti del lavoratore sanzionabili con il licenziamento, alla lett. g), <un contegno scorretto od offensivo verso ..... gli altri dipendenti> nonché, alla lett. l), il porre in essere <atti, comportamenti, molestie ..... lesivi della dignità della persona nei confronti di altro personale>, <qualora le infrazioni abbiano carattere di particolare gravità> e <semprechè si configuri in notevole inadempimento>.

Ora, poiché nella lettera di contestazione dell'addebito si fa riferimento ad un <accesso diverbio> e ad una <colluttazione> con il signor Alessandro Orsini e, quindi, secondo la lingua italiana, ad un "litigio" e ad una "zuffa con vie di fatto" che implicano reciprocità dei comportamenti, non appaiono ravvisabili nel caso concreto, a carico del ricorrente, i comportamenti indicati nelle lettere G) ed l) dell'art. 33 CCNL cit. Tanto più che il dipendente Orsini, pur avendo partecipato, al pari del ricorrente, alla zuffa con il medesimo, è stato colpito dalla meno grave sanzione della sospensione per giorni 10.

Le considerazioni che precedono prescindono dall'effettivo accertamento dei fatti di causa e, in particolare, dalla circostanza se sia stato o meno il ricorrente ad iniziare la lite il giorno 4.04.2002 alle ore 21,00. Peraltro, dalle testimonianze assunte, sembrerebbe che il Rufini, avesse semplicemente espresso una propria opinione su di un fatto accaduto qualche giorno prima (la libertà di opinione, si ricorda, è sancita dall'art. 1 L. 300/70, nel rispetto dei principi della Costituzione e dello Stat. Lav.) e sia stato, per così dire, provocato dall'Orsini il quale, dopo aver ascoltato l'opinione del ricorrente, gli ha intimato <di stare zitto> dandogli, forse, anche dello "imbecille" (cfr. test. Carlo Peniè); quindi, il ricorrente, evidentemente provocato, gli ha dato una spinta a fronte della quale l'Orsini ha reagito e i due <si sono abbracciati ed hanno cominciato ad azzuffarsi> (cfr. test. Perniè). L'altra testimonianza assunta non rileva, ai fini della decisione, in quanto il teste ha riferito di essere arrivato dopo la zuffa.

Va, in proposito, osservato che il datore di lavoro, a parità di condizioni (alla luce, altresì, dei referti medici attestanti le lesioni riportate da entrambi i litiganti, non soltanto dall'Orsini), non può infliggere al lavoratore una sanzione più grave di quella prevista per un determinato comportamento dal contratto collettivo, salva la facoltà di applicarne una meno grave. Pertanto, la sanzione espulsiva scelta dal datore di lavoro nei confronti del solo ricorrente, a fronte di un illecito isolato, non appare proporzionata al fatto da punire, tanto più che il Rufini risulta immune da precedenti rilievi. Priva di pregio, in proposito, è la lettera in data 8.04.2002 con cui la società ha contestato al ricorrente di essere venuto meno ad una disposizione aziendale riguardante gli spazi interni della clinica ove espletare le sue mansioni, posto che non è stato adottato, nei suoi confronti, alcun provvedimento disciplinare.

Pur rimanendo assorbita nelle considerazioni che precedono l'altra questione sollevata dalla parte ricorrente circa la mancata risposta dei motivi del licenziamento, si rileva, in ogni caso, che laddove la lettera di licenziamento già contiene la moti-

vazione ovvero, come nel caso di specie, fa riferimento a precedente lettera di contestazione dell'addebito, la mancata risposta alla richiesta del lavoratore non dà luogo all'inefficacia del provvedimento espulsivo.

Alla stregua di quanto precede, va dichiarata l'illegittimità del licenziamento intimato a Rufini Fabio con lettera del 2.05.2002 e, per l'effetto, la società "ITALIAN HOSPITAL GROUP" s.r.l. va condannata a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e con le mansioni espletate al momento del licenziamento. Conseguentemente, la società stessa va condannata al risarcimento del danno in favore del ricorrente, danno commisurato all'importo pari a tutte le retribuzioni maturate dal dì del licenziamento fino all'effettiva reintegra, sulla base dell'ultima retribuzione globale di fatto, di cui alla busta paga di aprile 2002, oltre accessori secondo legge.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

#### P.Q.M.

Il Giudice del Tribunale di Tivoli, in funzione di giudice del lavoro, disattesa ogni diversa azione, eccezione, difesa ed istanza, definitivamente decidendo sulla causa in epigrafe, così provvede:

- 1) Dichiaro illegittimo il licenziamento intimato a Rufini Fabio con lettera del 2.05.2002 e, per l'effetto, ordino alla società "ITALIAN HOSPITAL GROUP" s.r.l. di reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e con le mansioni espletate al momento del licenziamento;
- 2) Condanna la società resistente al risarcimento del danno in favore del ricorrente, danno commisurato all'importo pari a tutte le retribuzioni maturate dal dì del licenziamento fino all'effettiva reintegra, sulla base dell'ultima retribuzione globale di fatto, di cui alla busta paga di aprile 2002, oltre accessori secondo legge;
- 3) Condanna, altresì, la società resistente alla rifusione, in favore del ricorrente, delle spese di lite, che liquida in complessivi Euro 2.100,00, di cui 1.600,00 per onorari, distratte ex art. 93 cpc.

Tivoli, 9.09.2005

Il GIUDICE  
Francesca Giordano

Avv. Roberto MUGGIA

GIURISPRUDENZA  
PENALE

**CORTE DI CASSAZIONE**

**SEZ.V<sup>^</sup> PENALE - 20 APRILE 2004 (N. 18051)**

**PRES. LATTANZI - REL. ROTELLA - P.M. ALBANO -**

**RIC. ONORATO.**

lesioni personali gravi - aggressione di una prostituta sull'auto del cliente con blocco dell' avviamento - denuncia di furto dell'auto da parte del proprietario - condanna dell'imputato anche per simulazione di reato - annullamento della sentenza.

prova penale - ricognizione di persone - descrizione dell'offensore offerta dalla vittima e indicazione fotografica di persona diversa dall'imputato - ricognizione di persona esito negativo - errore del teste supposto dal giudice - principio della ricognizione tradito - annullamento della sentenza.

*Se anche fosse supponibile che l'imputato abbia lui manomesso l'avviamento, per quanto elevata se ne ritenga la probabilità, il dato è incerto e sull'incertezza non si può fondare l'ulteriore induzione che perciò egli sia anche l'autore dei delitti per cui si procede. In tal modo si trasforma una pur brillante intuizione in prova facendo diventare assiomatica la premessa. (I)*

*Quando la descrizione dell'offensore non corrisponde ai tratti somatici dell'imputato, e il giudice di merito mira a colmare la lacuna della prova diretta, è manifestamente illogico rifarsi ai dati somatici complessivi per trascurare le diversità e tradire così il principio stesso della ricognizione, che implica la scelta tra soggetti e oggetti somiglianti. (II)*

**(i - ii) processo indiziario, elementi neutri o indifferenti e ricognizioni tradite.**

**i) l'uso d'auto propria nel crimine e il generico possesso di un'autovettura**

**ii) individuazione fotografica e ricognizione di persona della persona offesa**

**I) Gli unici elementi certi** - dice la Corte nella sentenza - “*concernono l'autovettura. Sul veicolo è stato commesso il delitto di lesioni - sul veicolo si rinviene un guasto al blocco d'avviamento*”. Di qui la conversione della denuncia di furto e la conferma della condanna per simulazione di reato ed altro, da parte della Corte d'Appello di Venezia che addirittura aveva dedotto che l'abbandono del veicolo nei pressi del luogo dell'aggressione è segno inequivoco di un progetto più che razionale di attribuire a terzi l'azione violenta. Tuttavia risultava che l'autovettura Fiat Croma non era stata

abbandonata subito dopo e a poca distanza dal luogo dell'aggressione, ma anzi dai verbali dei C.C. emergeva che la sera tra il 19 e il 20 settembre 1996, un'ora prima del recupero della stessa, l'auto non era presente nello stesso posto in cui fu rinvenuta.

L'auto presentava una forzatura del blocchetto di accensione, per cui poteva benissimo essere, tanto per rimanere in tema di ipotesi, che il ladro avesse potuto usare uno scanner per aprirla, senza escludere che lo stesso proprietario, errando, potrebbe essere stato convinto di averla chiusa con la serratura centralizzata esterna, ma il congegno - come peraltro accade - deve non aver funzionato e pertanto l'auto era parcheggiata aperta. Il ladro, entrato nella vettura, l'ha messa in moto con l'ausilio di un cacciavite o quant'altro (forse l'arma del delitto, il coltello) ma nella ripetuta accensione dell'autovettura con mezzo improprio, ha finito per forzare il blocchetto d'accensione, rendendo impossibile la successiva messa in moto. Sicuramente, come sostenuto dalla Corte di merito, il veicolo siffattamente conciato non poteva funzionare, ma ciò non toglie che antecedentemente all'ultima ed infruttuosa accensione, la macchina potesse essere messa in moto con lo stesso mezzo improprio che ne ha poi determinato l'inutilizzabilità.

La Cassazione ha giustamente ribaltato la sentenza di condanna, partendo dal presupposto che con una supposizione non si va lontano, proprio perché sull'incertezza non si può fondare l'ulteriore induzione che l'imputato sia anche l'autore degli altri delitti.

Tanto più che commettere reati con la propria auto è stato sempre considerato un fatto anomalo e che tutta la criminalità in generale, suole sempre organizzare la sua attività nei reati contro la persona o contro il patrimonio con auto rubate nell'immediatezza dei crimini da compiere, anche giungendo a sostituire le targhe per ritardarne le ricerche.

Ragionando "ex adverso", in ogni denuncia di furto di autoveicoli si dovrebbe per prima cosa scorgere una presunzione di responsabilità, che graverebbe sul proprietario tutte le volte che di quel veicolo sia stato fatto un uso illecito, da vincere solo dopo accurate indagini per il sospetto, tutto poliziesco, che sia stato proprio costui a servirsene per delinquere, quando si sa benissimo che la denuncia di furto è l'obbligatorio "iter" da compiere per mettersi al sicuro dalla delinquenza altrui.

Fa' il paio con quanto deciso dalla sentenza che si annota, a proposito del presunto uso di auto propria nel crimine, l'altro semplice indizio, del generico possesso di un'autovettura da parte di un imputato accusato con chiamata di correo non "vestita", (v. Cass. VI Sez., 22 nov. 2002, ric. Luca ed altri, n. 1079, non massimata), in un caso in cui la sentenza impugnata, riguardante un giudizio di rinvio dalla Cassazione, non forniva alcuna *"rivalutazione significativa degli scarsi dati probatori costituiti dal semplice possesso di una autovettura Mercedes di colore bianco, di cui non si conosce il ruolo eventualmente svolto nella vicenda"*. La Cassazione ha giustamente ritenuto che il possesso di un'auto o l'annotazione di un numero di telefono su una agendina, di per sé possono essere soltanto degli elementi neutri o addirittura indifferenti, che non offrono alcuna valenza determinante se una prova importante come una ricognizione di persona abbia dato esiti negativi.

II) Nella fattispecie della sentenza (Cass. VI Sez., sopra citata) vi era stata pur sempre una ricognizione di persona di per sé "anomala" perché una delle vittime della rapina, conosceva almeno uno dei tre soggetti sottoposti alla sua attenzione ma la prova non costituiva affatto un dato determinante, anche perché nell'altra ricognizione della seconda parte offesa non c'era stato riconoscimento dell'imputato.

Non si trattava certamente di nullità le cui sanzioni discendono da ipotesi tassative, bensì di inutilizzabilità della prova la cui concreta valutazione non può fornire quell'apporto "non del tutto trascurabile" in quanto al teste non era stata data sostanziale alternativa di scelta ricognitiva. La violazione insanabile dei diritti della difesa per violazione degli artt. 213 e 214 c.p.p., che vietano ricognizioni di persona nel caso in cui, chi le debba effettuare conosca uno dei soggetti allineati con l'imputato (tre in tutto come nella fattispecie) è la sostanza della sentenza citata che ha annullato senza rinvio una precedente sentenza di condanna per rapina. Che non si trattasse pertanto di una ricognizione certa ed attendibile non c'è da dubitare tenuto conto della migliore giurisprudenza (v. per tutte Cass. Sez. III, 20 settembre 2000, ric. Garofolo, in *Giust. Pen.* 2002, p. 294), secondo cui solo una ricognizione soggettivamente certa ed oggettivamente attendibile è prova sufficiente per l'affermazione della responsabilità.

Con la sentenza che invece si annota la Cassazione ha ridato vita ad una prova cui i giudici di merito non avevano dato nessuna rilevanza; alla ricognizione cioè effettuata dalla persona offesa, che ha con certezza scagionato il ricorrente. Si trattava di un mezzo di prova acquisito in sede di incidente probatorio in un processo abbreviato; prova che aveva confermato la precedente ricognizione fotografica nella quale la stessa aveva riconosciuto un altro soggetto quale autore dell'aggressione subita, una ricognizione fotografica effettuata con tutti i crismi in quanto acquisita documentalmente agli atti del giudizio con le forme consentite e previste dall'art. 361 c.p.p..

Nessuna giustificazione accettabile poteva sorreggere la motivazione della sentenza di condanna che aveva ritenuto non decisivo il mancato riconoscimento dell'aggressore, che secondo la descrizione della parte offesa sarebbe stato "sul biondo scuro ma non castano" e, "sprovvisto di segni particolari", mentre il ricorrente ha sempre avuto capelli neri e dagli atti risultava che saltavano immediatamente all'occhio le sue grandi orecchie a sventola, che non sarebbero passate inosservate alla teste che per il suo lavoro doveva avere visto ben da vicino il suo aggressore.

Viene allora da chiedersi perché si usi disegnare l'identikit delle persone da ricercare secondo le indicazioni delle vittime e non si faccia riferimento invece, sempre e solo al tipo di corporatura ed al tipo di abbigliamento, soprassedendo sul colore dei capelli, degli occhi, sulle fattezze del viso? A cosa è servita la ricognizione di persona? E un mezzo di prova solo accusatorio e non di garanzia in caso di scagionamento quando la vittima riconosce l'aggressore?

Rimane incredibile che anche il giudice di secondo grado abbia soprasseduto sul mancato riconoscimento dell'imputato da parte della vittima, perché da una parte la vittima è stata ritenuta credibile e dall'altra inattendibile. Quale procedimento logico giuridico si è potuto seguire non è dato sapere: la targa della macchina esatta, il fisico atle-

tico, sono stati ritenuti dati attendibili, definiti come circostanze identificative forti come se solo l'imputato avesse avuto un fisico atletico, mentre il modello d'auto, i dati del viso ed il colore dei capelli sono stati ritenuti scarsamente probanti. Di qui l'assurdità dell'aver ritenuto non decisivo l'esito della ricognizione sul mancato riconoscimento dell'imputato che alla luce delle circostanze processuali di merito, analizzate sembra assolutamente inaccettabile. Sono queste tutte considerazioni da farsi perché in ogni processo indiziario le particolari circostanze di tempo, di luogo e soprattutto di azione, che furono tali da rendere giustificabile un ricordo impreciso circa le fattezze del viso, e il colore dei capelli dell'aggressore oltre che pure ad altri particolari, spesso di non trascurabile importanza ben potrebbero reggere ed avere un senso, epperò solo ad una condizione ben precisa: si dovrebbe allora ritenere inattendibili tutti i dati forniti dalla parte lesa come in questo caso nella loro totalità, e a prescindere "in toto" al fine di deliberare con riguardo alla sussistenza o meno della penale responsabilità dell'imputato con riguardo ai reati ascrittigli.

In caso diverso, come è stato operato nella sentenza che è stata annullata a ciò che per l'appunto faceva comodo all'accusa, è stata attribuita una rilevanza determinante essendo stati assunti a caposaldo della motivazione gli elementi "convergenti ed univoci" nel senso di proporre l'imputato come l'autore dei delitti "in base alle dichiarazioni della vittima compatibili con le fattezze e la complessione" dell'imputato (persona alta ed atletica). Tale "modus operandi" oltre che non improntato a garantismo, ci pare tale da poter essere definito a buon diritto assurdo per cui illogica e contraddittoria si appalesa la motivazione della sentenza, risultando tali vizi, come non mai dal testo del provvedimento impugnato.

Giustamente la Cassazione ha sottolineato come sia illogico rifarsi ai dati somatici complessivi per trascurare le diversità e tradire lo stesso principio della ricognizione che implica la scelta tra soggetti od oggetti tra loro somiglianti.

Una sorta di inutilizzabilità" di fatto decretata "ope iudicis"; quasi come nel caso di ricognizione eseguita da imputato di reato connesso senza le garanzie difensive previste dall'art. 210 c.p.p., sul quale tema la Corte Costituzionale (sent. N. 267 del 22/6/1994) da una parte rilevava come non si possa prescindere dalle qualità del soggetto attivo dell'atto, che provenendo da persona interessata ai fatti, non è assimilabile alla testimonianza bensì all'esame dell'imputato o dell'imputato in procedimento connesso, (art. 208, 2, 210, c.p.p.), ma dall'altra dichiarava infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 213 c.p.p., sollevata con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., in base ad una interpretazione secondo cui a differenza della testimonianza, nella ricognizione l'imputato sarebbe obbligato a compiere l'atto anche per riconoscere o meno un coimputato o un soggetto imputato in altro processo per reato connesso.

Per cui giustamente la Cassazione (I Sez., 25 ottobre 2000, ric. Larizza, in Giust. Pen. 2002, 111, p. 244) ha ritenuto inutilizzabile l'esito di ricognizione personale eseguito con incidente probatorio da soggetto imputato di un reato connesso senza le garanzie sopradette.



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
QUINTA SEZIONE PENALE  
UDIENZA PUBBLICA DEL 17/03/2004**

Composta dagli Ill.mi Sigg.:  
Dott. Lattanzi Giorgio Presidente  
1 Dott. Ferrua Giuliana Consigliere  
2. Dott. Amato Alfonso “  
3. Dott. Rotella Mario “  
4. Dott. Marasca Gennaro “

**ha pronunciato la seguente sentenza**

**Sul ricorso proposto da:**

1) Onorato Filippo n. IL 04/01/1965  
avverso sentenza del 17/04/2003  
Corte Appello di Venezia

Visti gli atti, la sentenza ed il procedimento  
Udita in Pubblica Udienza la relazione fatta dal Consigliere  
Rotella Mario  
Udito il PM, il SPG, dr. A. Albano, che ha concluso per annullamento c.r.

**ritenuto**

**1** - **La Corte di Venezia** ha confermato la sentenza- del GUP d in giudizio *abbreviato con generiche* ha condannato ad *a.2 rec Onorato Filippo, per lesioni gravi (così derubricata l'imputazione di tentato omicidio)* cagionate a Kouropata Ellona a colpi di coltello a bordo della sua autovettura poco prima delle 24 del 18.9.96, ed a m.8. per la simulazione del reato di furto della stessa autovettura denunciato il giorno successivo.

Secondo la motivazione la persona offesa riferiva di essere stata colpita improvvisamente a -bordo dei veicolo dall'occasionale cliente, cui; aveva rifiutato talune prestazioni in ragione del prezzo, ed indicava ai Carabinieri il tipo di autovettura ed approssimativamente la targa. Riconosceva in fotografia tale Franceschiello Vincenzo quale autore: del fatto.

il 20.9 era rinvenuta abbandonata la vettura dell'imputato che la mattina del 19 ne aveva denunciato il furto, in luogo, prossimo a quello dell'abbandono dell'offesa. Escusso lo stesso 20.9 dai Carabinieri, Onorato sosteneva di esser rientrato la sera: a casa in auto, e di essere rimasto a guardare la televisione (indicava il programma), come.poteva confermare sua madre, e di non avere il mattino successivo ritrovato la

vettura nei pressi dell'abitazione. Ma l'alibi non era confermato dalla madre (anche per, telefono).

Sull'autovettura, il cui blocco di accensione risultava manomesso, in maniera da Impedire l'avviamento, si rinvenivano tracce di sangue dell'offesa. Costei aveva fornito una descrizione dei tratti. (a parte il colore dei capelli) e di un capo di abbigliamento, una camicia a quadrettoni, rispondenti i primi e rinvenuta una camicia di quel tipo in casa dell'Imputato. Ma la Kouropata non lo riconosceva in sede di ricognizione formale.

Su questa scorta la Corte, come Il primo Giudice, -ha ritenuto che, falso l'alibi, le indicazioni dell'offesa, seppure non compiutamente affidabile il suo ricordo (laddove sono significative le indicazioni rispondenti), fossero costitutive di Indizio attributivo. Ciò posto, era Improbabile che un ladro, simile all'imputato per corporatura ed abbigliamento, appena dopo il furto dell'autovettura commesso senza bisogno di forzature, caricasse a bordo una prostituta, la ferisse e l'abbandonasse, ripartendo e poi forzando l'avviamento con una chiave. Pertanto l'Imputato, pur privo di precedenti giudiziari o psicopatologici, commesso il delitto d'impeto in danno della Kouropata, aveva simulato Il furto per coprirlo.

2.- Con il ricorso, cui ha fatto seguito memoria, si denuncia: 1°- *violazione art. 63* (inutilizzabilità delle dichiarazioni rese alla P.G. dall'imputato, da ritenersi patologica secondo S.U. 24.10.98 e S.U. 16/00, e rilevabile nel giudizio abbreviato); *artt. 181 -194 - 199 CPP* (mancato avviso da parte dei carabinieri alla madre dell'indagato della facoltà di astenersi dal deporre: si tratta di nullità non sanata, che comunque si è verificata in giudizio; *tuttavia la prova è inutilizzabile*); 2° - *vizio di motivazione*, a) *In punto di fallimento dell'alibi*, per erroneo riferimento al testo della telefonata della madre, che in effetti non ha visto rincasare l'imputato, perché non è uscito; e, travisamento della possibilità che l'imputato conoscesse altrimenti il tenore della trasmissione televisiva Maurizio Costanzo Show; b) per l'erronea esclusione del rilievo della causale In procedimento indiziario; c) per il mancato rilievo :dei risultato negativo della ricolazione, e la singolarità fisionomica dell'imputato (orecchie a sventola e capelli neri) che non poteva sfuggire all'offesa; d) per la mancanza di univocità dell'indizio circa l'autovettura, che era rinvenuta non la stessa sera del fatto, ma quella successiva; e) per l'equivocità dei reperti sull'autovettura; f) perché lo stesso P.G. aveva chiesto l'assoluzione.

3 - Il 1° motivo è manifestamente infondato per la sua irrilevanza ai fini della decisione, quanto alle dichiarazioni di Onorato in sede di P.G., perché la sua difesa fa leva proprio sull'alibi proposto e mai ritirato, e quanto alle dichiarazioni della madre, perché la motivazione poggia su una conversazione intercettata, non sulle sue dichiarazioni.

Il 2° motivo è fondato. Il ragionamento dei Giudici di merito è in effetti assiomatico.

*Gli unici elementi certi concernono l'autovettura.* Sul veicolo è stato commesso il delitto di lesioni. Sul veicolo si rinviene un guasto al blocco di avviamento.

Se ne è tratto che è improbabile che il guasto sia stato cagionato da un ladro, che avesse già avuto modo di impossessarsi della macchina senza bisogno di forzarla e si è concluso che l'autore della manomissione è lo stesso proprietario dell'autovettura, che ha simulato il furto, perché autore del delitto in danno della prostituta.

Senonché, solo e proprio partendo dalla certezza che l'imputato abbia lui manomesso l'avviamento, sarebbe possibile giungere alla prova della sua responsabilità per simulazione di reato e per lesioni. Ma se tanto è solo supponibile, per quanto elevata se ne ri-tenga la probabilità, il dato è incerto e sull'incertezza non si può fondare l'ulteriore induzione che perciò egli sia anche l'autore dei delitti per cui si procede. In tal modo si trasforma una pur brillante intuizione in prova, facendo diventare assiomatica la premessa.

Né è risolutiva la concordanza di altri elementi: a) - il fallimento dell'alibi non significa che fosse preconstituito e neanche falso, ma che l'imputato non può escludere di aver avuto la possibilità di commettere il delitto di lesioni; b) - la camicia a quadroni è cosa di genere, inidonea all'identificazione del possessore nell'autore delle lesioni e dunque anche per questa via non si va oltre la sottolineatura della coincidenza.

Resta *la descrizione dell'offensore offerta dalla vittima.* Questa non corrisponde in maniera risolutiva ai tratti somatici dell'imputato. Ma, per superarla, il Giudice di merito suppone un errore della teste. In tal modo mira a colmare la lacuna della prova diretta con una ulteriore illazione, peraltro viziata dalla cernita dei riferimenti. E' difatti manifestamente illogico rifarsi ai dati somatici complessivi, per trascurare le diversità (quantomeno, si dice, il colore dei capelli), e tradire lo stesso principio della ricognizione, che implica la scelta tra soggetti o oggetti somiglianti.

Giunti a questo impasse nel procedimento indiziario, a fronte dell'indicazione fotografica di una persona diversa e dell'esito negativo della ricognizione da parte della persona offesa, il contrasto delle emergenze risulta insanabile e l'errore della motivazione è evidente. Tanto implica l'annullamento con rinvio per nuovo esame.

P.Q.M.

*annulla l'impugnata sentenza con rinvio per nuovo esame ad altra Sezione della Corte d'Appello di Venezia.*

Roma, 17.03.2004

Avv. Luigi FAVINO

**Corte di Appello di Roma, sez. I Penale, Pres. Dell’Orco, Est. Dell’Orco, sent. 06/07/2004, n. 5199, D’Ascenzo.**

Delega di funzioni-amministratore di fatto – responsabilità del c.d. “testa di legno” per il reato di bancarotta fraudolenta documentale commesso dal gestore di fatto.

*L’amministratore di diritto assume gli obblighi e gli oneri previsti dall’art. 2932 c.c. nonché il dovere di vigilare sull’andamento e sulla gestione della società, divenendo così destinatario dell’obbligo di attivarsi, presidiato dall’art. 40 cpv. C.p. (1)*

*La violazione di questi obblighi è fonte di responsabilità, essendo a tal fine sufficiente la mera accettazione del rischio che si verifichino gli eventi tipici del reato (2).*

### **Brevi considerazioni in materia di delega di funzioni nelle imprese**

**L**a Sentenza in epigrafe ci offre l’occasione per l’analisi del tema della cd. delega di funzioni nell’impresa.

Le complesse e variegate esigenze del moderno sistema economico hanno importato la nascita di strutture sempre più complesse, nelle quali non è facile individuare il soggetto penalmente responsabile qualora sia commesso un reato nell’esercizio delle attività tipiche dell’impresa.

La rigida applicazione dei criteri formali di attribuzione della responsabilità, nonché la circostanza che la maggior parte di questi reati siano strutturati come reati c.d. propri, vale a dire caratterizzati dalla qualifica del soggetto attivo in termini ad es. di “imprenditore”, “datore di lavoro”, “amministratore”, eccetera, porterebbe ad individuare il solo destinatario del precetto penale, e quindi della correlativa sanzione, in colui il quale riveste una posizione apicale.

Spesso, però, all’interno delle imprese, specie se di grandi dimensioni, il soggetto di vertice non ha se non sulla carta tali poteri.

Pertanto, una sua responsabilità penale finirebbe con il risolversi in una responsabilità da posizione, o per fatto altrui, in palese violazione dell’art. 27 Cost.

Occorre quindi conciliare, con l’inderogabile principio della responsabilità penale personale, quel processo storico di sempre più accentuata spersonalizzazione della attività imprenditoriale, sia perché sempre più esercitata in forma societaria, sia perché, comunque esercitata, le dimensioni e le esigenze dell’impresa sovente impongono la delega di funzioni ad altri soggetti, non potendo il formale destinatario del precetto penale provvedere personalmente a tutti gli adempimenti che la carica assunta importa.

Vale a dire, *quid iuris* nel caso in cui un soggetto, geneticamente tenuto a

porre in essere una determinata condotta o ad adempiere ad un obbligo, deleghi tale funzione? Sarà sempre questi a dover rispondere in quanto formale destinatario della norma in tema reato proprio, oppure il trasferimento di funzioni determina altresì, per così dire, il trapasso della qualifica?

La giurisprudenza, dal canto suo, si è limitata ad individuare taluni requisiti, al cui ricorrere è subordinata la stessa configurabilità di una delega valida ed efficace. Si richiede, in estrema sintesi (ma la questione meriterebbe un maggiore approfondimento) che l'impresa sia di grandi dimensioni, la ripartizione dei compiti non abbia carattere fraudolento, il destinatario sia in possesso delle competenze tecnico-professionali e dei mezzi necessari per adempiere l'incarico e goda di un'ampia autonomia nell'esercizio del proprio potere decisionale, la delega, infine, sia conferita per iscritto con l'indicazione specifica delle funzioni delegate.

Risulta quindi evidente come l'interesse del pratico si sia polarizzato su un momento diverso dal problema della natura giuridica della delega e ad esso logicamente successivo. Sembra però opportuno, ai fini del presente lavoro, operare un'inversione metodologica nell'approccio all'argomento.

Come accennato, le ipotesi di reato in materia di impresa sono, in larga parte, fattispecie di reato proprio, ossia incentrate sulla realizzazione della condotta ad opera di soggetti "qualificati".

Tradizionalmente si tendeva ad individuare "il requisito in più" di questa categoria nella natura particolare delle norme "proprie", che si rivolgerebbero ad una ristretta cerchia di soggetti destinatari, ovvero sottolineando la specialità della fattispecie, quale unico elemento discrezionale, rispetto alle ipotesi di reato comune.

Solo recentemente si è invece elaborata la c.d. teoria dei beni giuridici "limitatamente offendibili", che sposta l'attenzione dal piano della norma a quello della relazione intercorrente tra i soggetti attivi ed il bene giuridico da proteggere.

In base alla sua qualifica, il soggetto acquisisce la c.d. "legittimazione al reato"<sup>1</sup>, perché tale qualifica o pone il soggetto in rapporto col bene protetto, che gli consente di arrecare ad esso offesa, oppure rende opportuna la incriminazione di fatti, altrimenti, ritenuti immeritevoli di pena(es:la qualifica di imprenditore nei reati di bancarotta).

Questo legame tra il bene oggetto di tutela ed il soggetto qualificato risulta particolarmente evidente nei reati omissivi, specie quelli impropri, o di mancato impedimento dell'evento.

Il sostrato materiale di questa categoria di reati è, infatti, costituito dall'esigenza solidaristica dell'affidamento a determinati soggetti della tutela rafforzata di determinati beni, stante l'inidoneità dei rispettivi titolari a provvedere ad un'adeguata autotutela.

Pertanto la responsabilità si riassume in capo a determinati soggetti, in grado di attendere alla tutela di specifici beni, in quanto capaci di controllare le fonti del

---

<sup>1</sup> Le parole sono di F. Mantovani, *Diritto Penale, parte generale*, Padova, 2001, p.116.

pericolo, elemento quest'ultimo che costituisce la base fenomenica della c.d. "posizione di garanzia", che a sua volta rappresenta l'equivalente giuridico della relazione privilegiata che lega i soggetti qualificati ai beni de quibus<sup>2</sup>.

In materia di delega di funzioni possono riscontrarsi due tesi, una oggettiva ed una soggettiva, l'una più attenta al dato formale, l'altra legata invece a quello sostanziale. In realtà, come un'attenta dottrina non ha mancato di osservare, alla base della distinzione vi sarebbe proprio una differente visione del "reato proprio".

Secondo i fautori della teoria da ultimo citata, la individuazione, nei soggetti delegati, di ulteriori garanti della salvaguardia di determinati beni non potrebbe attentare alla tipicità del fatto, così come descritto dalla fattispecie incriminatrice<sup>3</sup>.

In questa prospettiva, pertanto, si considera penalmente responsabile chi riveste la qualifica extrapenale richiesta dal reato proprio (datore di lavoro o amministratore); tale soggetto, nelle imprese esercitate in forma societaria, viene individuato, secondo il criterio civilistico della rappresentanza, nel titolare del potere di rappresentare l'ente, e, secondo il criterio formale della funzione, con chi è investito, alla stregua delle norme statutarie di quel tipo di ente, del potere-dovere di provvedere agli adempimenti prescritti dalla legge penale (di regola gli amministratori).

Ferma restando la possibilità di ricorrere alla delega, questa non potrebbe che esplicare i suoi effetti sul piano della colpevolezza, mediante il ricorso al meccanismo concorsuale.

Dall'altro lato, invece, si sottolinea come il legislatore, nel descrivere le fattispecie de quibus, abbia piuttosto inteso affermare il principio generale alla stregua del quale, ai fini dell'affermazione di responsabilità, rileverebbe non la mera titolarità formale della qualifica bensì l'effettivo esercizio dei poteri e delle facoltà<sup>4</sup>.

La delega di funzioni, quindi, libera da responsabilità il delegante, trasferendo al delegato, con le funzioni inerenti la qualifica personale, altresì la titolarità della stessa, onde soggetto attivo del reato proprio è soltanto questi.

L'atto di trasferimento delle funzioni opera direttamente sulla struttura oggettiva della fattispecie, intervenendo sull'elemento materiale del reato e producendo l'effetto di sostituire al delegante il delegato.

Altri ancora, in una posizione mediana, ritengono risolutivo il ricorso ai principi in materia di "trasferimento della posizione di garanzia". Si sostiene che l'obbligo di garanzia in capo all'imprenditore permane, in quanto conseguenza necessitata della posizione formale da questi rivestita, ma, allo stesso tempo, non viene esclusa la possibilità di addivenire alla costituzione di posizioni di garanzia c.d.

2 In tal senso cfr. Gullo A., "La delega di funzioni nel diritto penale: brevi note a margine di un problema irrisolto", in Riv. it. dir. e proc. pen., 1999, p. 1518 ss..

del lavoro. Profili generali, Milano, 1990.

4 Così Fiorella A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, p.87 ss..

3 In tal senso, per tutti, cfr. Padovani, *Diritto penale*

“derivate”. Di tal che, la delega di funzioni, lungi dallo spiegare efficacia liberatoria nei confronti del delegante, produrrebbe l’effetto oggettivo di modificare, restringendolo, il contenuto della originaria posizione di garanzia; in altri termini, esisterebbe un vero e proprio “residuo non delegabile”, costituito “da un’attività di coordinamento organizzatorio, di direzione e di controllo dell’attività del delegato”<sup>5</sup>.

Il delegante non può spogliarsi, con un atto di autonomia privata, dei doveri giuridici sanciti da una norma penale e conserva detta qualifica formale o, quantomeno, il potere di controllo sull’operato del delegato.

Il composito panorama dottrinale dimostra la difficoltà di addivenire, in mancanza di una espressa previsione normativa in materia, ad un sicuro inquadramento del fenomeno de quo.

Ancor più difficile sembra pervenire a soluzioni accettabili nell’ipotesi in cui, avvenuto il trasferimento di funzioni, il delegante venga a conoscenza di inadempienze commesse dal delegato.

A voler aderire alla tesi oggettiva, dovrebbe concludersi per la sua non punibilità (in palesi violazione delle più elementari esigenze di politica criminale), dal momento in cui, sul piano giuridico, non sarebbe più configurabile a suo carico una situazione di dovere.

Sempre in quest’ottica argomentativa, dovrebbe altresì escludersi una responsabilità a titolo di concorso, sia per riassunzione di funzioni da parte del delegante, sia a titolo di concorso dell’estraneo nel reato proprio. Nel primo caso, infatti, si metterebbe in crisi lo stesso fondamento della teoria sostanziale-funzionalistica, ipotizzando la permanenza di un obbligo di garanzia in capo al delegante.

Nel secondo caso, si giungerebbe alla conclusione di far rispondere come estraneo il primitivo destinatario della norma in materia di reato proprio, con ciò frustrando la scelta del legislatore.

Le brevi considerazioni sopra svolte suggeriscono di preferire la tesi per così dire intermedia, il cui nucleo essenziale è costituito dal riconoscimento, al garante originario, della possibilità di costituire posizioni di garanzia derivate, senza però che costui possa dismettere la posizione di destinatario legale degli obblighi penalmente sanzionati separatamente dal ruolo cui la legge si riferisce, ruolo che rimanda, come più volte sottolineato, alla particolare relazione intercorrente tra i beni giuridici in questione e la necessità che alla loro tutela provvedano soggetti “qualificati”<sup>6</sup>.

Così argomentando, quindi, non verrebbe mortificata la natura di reato “proprio” tipica delle fattispecie criminose de *quibus*, e, al tempo stesso, sarebbero altresì soddisfatte le molteplici esigenze dell’economia moderna, delineando un obbligo di sorveglianza e di impedimento in capo al garante eventuale, nonché una sua eventuale responsabilità concorsuale per omesso impedimento dell’evento, ai sensi dell’art. 40 Cpv. C. p...

5 Testualmente, Grasso, “Organizzazione aziendale, e responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento”, in Arch. Pen., 1982, p744 ss.

6 In questo senso Gullo, A., *La delega di funzioni nel diritto penale*, cit.



Del resto, come è stato osservato da un grande maestro, il principio di libertà esige la specificità dei soggetti destinatari dell'altrui obbligo di garanzia, perché questo non può mai gravare sulla generalità dei consociati, ma solo su specifiche categorie di soggetti predeterminati, che si collocano in un particolare rapporto giuridico con il bene da proteggere o con la cosa fonte di pericolo da controllare; pertanto il reato omissivo per mancato impedimento dell'evento è un reato non comune (vale a dire realizzabile da chiunque), bensì proprio<sup>7</sup>.

Inoltre, in base al principio della responsabilità penale personale, ex art. 27 Cost., sono ulteriori requisiti della "posizione di garanzia": a) l'imprescindibile esistenza di poteri giuridici impeditivi dell'evento, i quali consistono in poteri di vigilanza, circa l'insorgere di situazioni di pericolo e di intervento su tale situazione. Poteri che caratterizzano l'obbligo di garanzia e lo differenziano da ogni altro obbligo di agire; onde imprescindibile è l'accertamento giudiziale se l'evento verificatosi rientri o meno nei poteri impeditivi del soggetto; b) la preesistenza del potere-dovere impeditivo rispetto alla situazione di pericolo; c) la materiale possibilità per il garante di compiere l'azione impeditiva idonea: ad *impossibilia nemo tenetur*<sup>8</sup>.

Conseguentemente, potrebbe escludersi una responsabilità dell'organo istituzionale solo sotto il profilo soggettivo della colpevolezza, quando il delegante non sia a conoscenza della violazione perpetrata dal delegato (se il reato è doloso), oppure quando non gli sia rimproverabile (se il reato è colposo) l'inosservanza dell'obbligo di controllo sull'operato del delegato (in relazione alle dimensioni dell'impresa, alla capacità tecnica del delegato, all'ambito di autonomia accordatogli ecc)<sup>9</sup>.

Anche la giurisprudenza, nei rari casi in cui si è fermata ad analizzare la natura giuridica della delega ed a definire gli effetti del trasferimento di funzioni, sia per quanto concerne la posizione del delegato che quella del delegante, non ha certo partorito soluzioni univoche.

Accanto a pronunce che tendono ad allargare il campo delle responsabilità del delegato, contemporaneamente restringendo quelle dell'organo istituzionale, ve ne sono altre che invece si collocano nell'opposta direzione, escludendo che il trasferimento di funzioni possa determinare un totale annullamento delle responsabilità dell'organo apicale, alcune volte ricostruendo quest'ultima come colpa in vigi-

7 Cfr. F. Mantovani, "L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà, e di responsabilità personale", Riv. it. dir. e pro. pen., 2001, 2, p. 337ss..

8 In questo senso, Mantovani F., *L'obbligo di garanzia*, cit..

9 Sul punto cfr. anche Gullo A., in *La delega di funzioni nel diritto penale*, cit., p. 1518. Per l'A. non esisterebbe una differenza concettuale rispetto alla teoria soggettivistica pura, per un duplice ordine di considerazioni: "In primo luogo gli stessi soggettivisti puri, allorché ammettono (e non potrebbe esser altrimenti vista la legislazione in

materia) l'esistenza di garanti ulteriori, implicitamente riconoscono che, in qualche misura, anche la situazione giuridica del delegato si presenti strutturalmente diversa. Ma ad essere analoga nelle due ricostruzioni è la qualificazione dell'effetto della delega, che non sarà mai di ricostruire una nuova tipicità in relazione al fatto posto in essere da un soggetto diverso rispetto al garante originario, ma di ritenere ancora quest'ultimo destinatario delle relative situazioni di dovere ed escludere la sua responsabilità solo ove si dimostri che si sia attenuto alla misura di diligenza richiesta ovvero che il comportamento dovuto non fosse in concreto esigibile".



lando (ossia per omissione di un doveroso controllo sull'esercizio dei poteri delegati), altre come culpa in eligendo (vale a dire per selezione di soggetti privi delle necessarie ed idonee competenze tecniche o comunque non affidabili).

In questa prospettiva, deve infatti registrarsi l'esistenza di alcune decisioni nelle quali si annovera, tra le condizioni per l'effettivo esonero del delegante da responsabilità penale, il controllo sulle attività delegate<sup>10</sup>.

Nell'opposta direzione, in senso critico, si è invece affermato che *“enunciazioni di questo tipo possono vanificare la funzione della delega, pur riconosciuta nelle premesse delle stesse decisioni. Esse individuano una culpa in vigilando che non differisce sostanzialmente da quella comune dell'imprenditore per tutte le violazioni di norme penali imputabili alla attività della sua impresa, che pertanto nega in sostanza la possibilità di una delega di poteri idonea ad assicurare un corrispondente trasferimento di responsabilità. In realtà la funzione della delega è precipuamente quella di trasferire in capo ad altri la funzione del controllo su determinati aspetti dell'attività aziendale, così rendendo quel controllo effettivo. E, lungi dal lasciar sopravvivere un dovere di controllo in capo al delegante, siffatta delega comporta piuttosto il dovere del delegato, in determinati casi ed in funzione delle variabili previsioni contenute nello statuto e nell'atto medesimo di delega, di riferire al delegante su quelle situazioni nelle quali egli non abbia la concreta possibilità di incidere nel senso voluto.*

*Sembra pertanto più aderente ai principi che governano la materia, e specificatamente alla funzione della delega nel campo in esame, quell'indirizzo che ritiene la delega inidonea ad esonerare da responsabilità, laddove vi sia stata una richiesta (non esaudita) di intervento da parte del delegato...”*<sup>11</sup>: vale a dire, il delegante è liberato fino a quando non venga a conoscenza dell'inosservanza da parte del delegato.

Mentre quest'ultima tesi è accusata di concentrare le responsabilità verso il basso, l'altra, invece, rischia, stante l'inevitabile incertezza di stabilire fino a che punto il controllo sia esigibile e il conseguente dubbio per il delegante se poter confidare sulla delega, di svuotare di significato quella delega di funzioni che, invece, è una necessità sempre più avvertita nelle imprese e negli enti, sia pubblici che privati.

Con specifico riferimento al tema della responsabilità degli amministratori, specie in materia di reati societari e fallimentari, in giurisprudenza si è ritrovato il fondamento del perdurante obbligo di controllo degli stessi in una norma civilistica (ovviamente in sede penale il referente normativo è costituito dalle norme sul concorso di persone nel reato e dal disposto dell'art. 40 Cpv C.p.).

L'art. 2392 c.c., infatti, ribadisce, anche nelle ipotesi di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori delegati, oltre alla responsabilità dei primi, altresì la solidale responsabilità di tutti i componenti del Consiglio di ammini-

<sup>10</sup> Cfr. sul punto Cass. Pen., 6 maggio 1996, n. 1570, RV205446; Cass. Pen., 3 Giugno 1999 n. 7021, RV 214244; Cass. Pen., 30 Ottobre 1999, n. 12413, RV 215009; Cass. Pen., 17 Gennaio 2000, n. 422, RV 215160.

<sup>11</sup> Così Cass. Pen., Sez. II, n. 8978 del 3 Agosto 2000.

strazione “se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”.

Obblighi, questi, attenuati, ma pur sempre ribaditi dal nuovo testo dell’art.2392 c.c., così come introdotto dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, di riforma del diritto societario, entrato in vigore nel nostro ordinamento il 1 gennaio 2004.

Come osservato in dottrina, l’obbligo non riguarda gli aspetti minuti della gestione societaria, ma non è certo possibile porre in dubbio l’esigibilità d’un generico dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione medesima.

In conclusione, “*con il trasferimento di funzioni(come anche nella delega di funzioni)il contenuto della posizione di garanzia gravante sull’obligato originario si modifica e si riduce agli indicati obblighi di controllo e di intervento sostitutivo; ove l’amministrazione non adempia a tali obblighi residuali e, in conseguenza di questa omissione, si verifichi l’evento dannoso si dovrà ravvisare la colpa nell’inservanza di tali obblighi*”<sup>12</sup>.

Questa giurisprudenza, pertanto, sembrerebbe confermare la citata teoria mediana di applicazione dei principi in materia di trasferimento della posizione di garanzia.

Ad essa aderisce la sentenza in commento, individuando negli amministratori i destinatari dell’obbligo – non delegabile -di vigilare sull’andamento e sulla gestione della società, nonché dell’obbligo di attivarsi, presidiato dall’art. 40 cpv C.p., al fine di impedire la commissione di illeciti.

L’ipotesi criminosa ascritta all’appellante, in quanto amministratore della società, è di bancarotta fraudolenta documentale impropria, a titolo di omissione.

Brevemente, si ricordi che, ai sensi dell’art. 216 legge fallimentare, il reato di bancarotta fraudolenta (c.d. propria) è configurabile nei confronti dell’imprenditore dichiarato fallito, nozione nella quale vanno compresi anche i soci illimitatamente responsabili delle società di persone, ai sensi dell’art. 222 legge fallimentare, mentre, nelle società di capitali, l’art. 223 della medesima disposizione legislativa sancisce l’applicabilità della norma penale nei confronti degli amministratori, direttori

12 Così Trib. Bari, sent. 6 ottobre-4 dicembre 2004; in senso sostanzialmente conforme, Cass. Pen., sez. IV, sent. 4981 del 6 Febbraio 2004, che riferisce queste considerazioni altresì al datore di lavoro, sulla base essenzialmente della non delegabilità di alcune funzioni del datore di lavoro stesso (valutazione del rischio, redazione del relativo documento, designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione ecc...), prevista dall’art.1. comma 2 del d. lgs. n. 242/1996, che ha introdotto il comma 4 ter all’art. 1 del d. lgs. 626/1994. Osservano, correttamente, i giudici di legittimità che “*se ciò avviene addirittura per i componenti del consiglio di amministrazione – che hanno validamente e formalmente trasferito ( con la c.d. delega “interna” di cui all’art. 2381 c.c., anche nella più recente formulazione) la più parte delle funzioni in questione – non si vede perché non debba ritenersi, anche ammessa*

*la validità di un patto interno tra i coobbligati alla sicurezza, la permanente esistenza dell’obbligo di vigilanza e di controllo da parte del coobbligato e che debba addirittura richiedersi la formalizzazione di questa riserva.*

*In conclusione, in un sistema che si fonda su un assetto che esclude la delegabilità di alcune funzioni in tema di sicurezza e che comunque prevede un residuo obbligo di controllo da parte di coloro cui originariamente è attribuita la qualità di datore di lavoro, non è ipotizzabile che residui un’area di irresponsabilità in base ad accordi; formali o meno che siano, o addirittura dedurre dall’inerzia un trasferimento di funzioni con efficacia giuridica escludente la responsabilità, pervenendo al risultato di esonerare taluno dalla responsabilità penale in base ad un atto di autonomia privata”.*

generali, sindaci e liquidatori, quali persone diverse dal “fallito”(c.d. bancarotta impropria).

La questione affrontata verte in materia di concorso omissivo dell'amministratore “testa di legno” nel reato fallimentare commesso da chi effettivamente gestisce, “*per aver tenuto i libri e le altre scritture contabili della società fallita in guisa da non consentire la ricostruzione del patrimonio e del volume degli affari*”.

Possono essere affrontate congiuntamente le situazioni di inerzia dell'amministratore all'interno di un consiglio (nell'ipotesi in cui taluno degli amministratori non abbia preso parte alla deliberazione criminosa, né l'abbia attuata, anche se, come visto, il tema dell'amministratore inerte entra in gioco altresì nell'ipotesi di delega di gestione, ex art. 2381 c.c.) e quella dell'amministratore di diritto “testa di legno”, come, del resto, la giurisprudenza non ha mancato di osservare: “.. è *correttamente configurabile il concorso ex art. 40 cpv. C.p. tutte le volte in cui l'amministratore di una società, violando l'obbligo di vigilanza e quello di attivarsi in presenza di atti pregiudizievoli, abbia consentito ad altri amministratori (o comunque a soggetti che di fatto abbiano compiuto atti di gestione) di perpetrare veri e propri delitti.*”<sup>13</sup>.

Circa l'elemento soggettivo, la Corte di legittimità, recentemente, ha ribadito il principio alla stregua del quale l'amministratore di una società, che abbia assunto la carica come prestanome di altri soggetti, che hanno agito nella veste di amministratori di fatto, risponde del reato di bancarotta a titolo di omissione, perché la semplice accettazione della carica da parte del c.d. “testa di legno” o “uomo di paglia” attribuisce a questi doveri di controllo o di vigilanza, la cui violazione comporta responsabilità, essendo a tal fine sufficiente la sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato – dolo generico – o l'accettazione del rischio che questi si verifichino – dolo eventuale<sup>14</sup>.

Anche la Sentenza in commento sembrerebbe richiamare la categoria concettuale del dolo eventuale, fondata sull'accettazione del rischio di verificazione dell'evento<sup>15</sup>.

13 Così Cass. Pen., Sez. V, 26/6/1990, in Cass. Pen., 1991, p. 828.

14 Così Cass. Pen., 11/6/1999 n. 7583; Cass. Pen., 25/3/1997, n. 4892.

15 Particolarmente critico nei confronti di questo orientamento giurisprudenziale, A. Crespi, “*La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*”, cit.: “...anche quando, al solo scopo di poter addebitare un atteggiamento dolosamente orientato, non si abbiano a disposizione dichiarazioni plaudenti o solidarizzanti di sindaci e amministratori, l'inquirente non si sentirebbe per questo disarmato: al traguardo dell'affermazione di colpevolezza egli perverrebbe ugualmente in base al principio che nei consigli di amministrazione tutto si sa perché tutto vien detto e di ogni cosa si è dettagliatamente informati. E anzi diffuso convincimento che non vi può essere iniziativa delittuosa o comunque pregiudizievole agli interessi sociali che non

*sia stata previamente ordita nel consiglio di amministrazione. Senza possibilità di salvezza neppure per l'amministratore che risultasse normalmente assente dalle riunioni di consiglio, nulla importando che per quella posizione di latitante egli fosse all'oscuro di ciò che nel frattempo nell'organo collegiale si stava tramando(...):con quelle sistematiche assenze dalle riunioni di consiglio egli infatti si è volontariamente posto nella condizione di non poter sapere ciò che si sarebbe eventualmente deliberato ai danni della società, accettando in tal modo, implicitamente, il rischio che potessero anche essere commessi fatti costituenti reato ....., senza nulla poter fare al riguardo, nonostante l'esplicita disposizione dell'art. 2932 c.c. Ed è proprio con la spendita di quella ed altre consimili formulette, contrabbandate per l'occasione come dolo indiretto o eventuale, che l'inquirente ha creduto di poter sistemare la propria buona coscienza e di impartire in pari tempo una giusta lezione alla cattiva coscienza degli amministratori”.*

Ad avviso della Corte territoriale, *“la prova adeguata e convincente che il D’Ascenzo, in spregio ai doveri connessi all’esercizio della carica sociale, intese consapevolmente spogliarsi di ogni intento di vigilanza e di controllo sul governo della società, in violazione del mandato conferitogli, va rintracciata proprio nel rilascio al Finocchi della procura speciale, con lo scopo - ammesso e precisato nello stesso atto di appello – di far rivestire allo stesso l’effettivo ruolo di gestore della società.*

*È, dunque, evidente che il D’Ascenzo agì con la consapevolezza e volontà di disinteressarsi totalmente della amministrazione e conduzione della Siderferro, affidata, con piena cognizione degli effetti, al Finocchi e con la rinuncia quindi ad ogni atto di intervento di vigilanza e di controllo sull’operato del procuratore speciale.*

*Sussiste, pertanto, fin dall’origine, la esplicita rinuncia dell’appellante ad esercitare il proprio mandato di amministratore, con la conseguente accettazione degli effetti, anche pregiudizievoli, derivanti dalla attività gestoria affidata al Finocchi” .*

In realtà, per poter affermare una colpevolezza dell’amministratore (a titolo di dolo, s’intende) non basta la consapevolezza in questi della propria condotta negligente; e ciò fin quando *“la lingua italiana continuerà ad insegnare che una cosa è poter (astrattamente) prevedere, e altra aver (concretamente)previsto”*<sup>16</sup>.

Quello che si critica è la frequente configurazione giurisprudenziale della colpevolezza in termini di dolo eventuale, attraverso una esemplificazione concettuale (e direi altresì probatoria) che sacrifica l’accertamento dell’effettiva rappresentazione di una ben definita classe di eventi, necessaria anche in questa forma attenuata di dolo.

*“Una sciatta prassi giurisprudenziale”*<sup>17</sup>, che confonde la reale conoscenza del fatto criminoso con la mera doverosa possibilità di acquisirla, e conseguente violazione dei doveri di diligente vigilanza, così accertando la colpa e non il dolo<sup>18</sup>.

Difatti, solo dalla *“conoscenza”* di fatti pregiudizievoli il secondo comma

16 Testualmente sempre A. Crespi, cit.. In questo senso cfr. altresì Pedrazzi, in *“Tramonto del dolo?”*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2000, p. 1266 ss.: *“Se il dolo vuol essere proiezione del fatto esteriore sullo schermo mentale del soggetto, l’evento che deve essere previsto e voluto a mente dell’art. 43 è necessariamente l’evento concreto, calato nel divenire e quindi storicamente circostanziato...e, segnatamente, con riferimento al concorso omissivo, quando l’apporto atipico si configura nel mancato impedimento di un fatto criminoso altrui, in spregio ad una posizione di garanzia gravante sul concorrente inerte, “...una risoluzione consapevole di contenuto negativo - di non impedire - può trarre spunto solo da una visuale concreta sufficientemente lucida, da un richiamo tanto appariscente da attirare l’attenzione e stimolare la riflessione”.*

17 Così Marinucci G., *“Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza”*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1996, p. 430.

18 Cfr. Stella - Pulitanò, *“La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni”*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1990, p. 563 ss.; sempre in questo senso v. G. Insolera, in *“Il concorso di persone nei reati fallimentari”*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2002, 3, p.816 ss, che auspica, in una prospettiva di riforma, un necessario contenimento della *“irresistibile espansione della responsabilità concorsuale omissiva, attraverso la previsione di ipotesi tipiche di agevolazione colposa, ma, soprattutto, di incriminazioni che sanzionino a titolo di colpa la violazione di specifici obblighi di agire”*; diversamente, a me sembra, Cerqua L. D., *“La responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni”*, in Giur. mer., 2003, 9, 1907: *“L’inerzia è sinonimo di omissione, e questa, così come può essere l’effetto di negligenza, può anche essere animata dal dolo, in tutte le sue possibili gradazioni; e, al pari dell’azione, entra a pieno titolo nelle modalità esecutive del reato”.*

dell'art. 2392 c.c. fa discendere l'obbligo di fare quanto possibile per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (ma il collegamento con l'art. 40 c.p. presuppone, ovviamente, un'effettiva possibilità di impedimento preventivo dell'altrui illecito, e non di semplice eliminazione od attenuazione ex post delle conseguenze dannose).

Pertanto, prescindere da una reale e comprovata conoscenza significherebbe travisare la posizione di garanzia, conducendola al di fuori dei suoi contorni normativi<sup>19</sup>.

La sentenza, conseguentemente, trascura di analizzare un altro *topos* della responsabilità commissiva mediante omissione nella particolare forma concorsuale, vale a dire la causalità.

In realtà in maniera insoddisfacente la questione è affrontata dalla prevalente giurisprudenza.

Sullo sfondo si pone il problema dell'"assottigliamento" della causalità omissiva di fronte a quella commissiva, generalmente giustificato dalla natura ipotetico-normativa della prima, che consentirebbe di accontentarsi di una relazione meramente probabilistica: una tendenza, quest'ultima, denunciata e criticata dalla prevalente dottrina.

Vale a dire, il nesso di causalità tra l'omissione e l'evento-reato deve esser risolto sulla base di un giudizio prognostico incentrato sulla considerazione che, senza il comportamento omesso e, quindi, con il corretto esercizio dell'attività doverosa e dei poteri ad essa connessi, l'illecito penale non si sarebbe verificato: si tratta di stabilire in che modo l'eventuale compimento dell'azione doverosa avrebbe modificato il corso degli avvenimenti, e, in particolare, avrebbe impedito la realizzazione dell'evento-reato.

Alla luce delle più recenti acquisizioni giurisprudenziali, il rapporto di causalità non può ritenersi sussistente sulla base del mero coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta la condotta doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non si sarebbe verificato<sup>20</sup>.

---

19 In tal senso cfr. Pedrazzi, " *Tramonto del dolo?*", in *Riv. it., dir. e pro. pen.*, 2000, p. 1278, 1279: "Vero è che la giurisprudenza si lascia spesso abbacinare dal contestuale obbligo degli amministratori di vigilare sul generale andamento della gestione, esso pure fonte alternativa di responsabilità civile solidale. Ma l'equiparazione non regge sul terreno dei riflessi penali, che non ammette contaminazioni tra dolo e negligenza. Sembra evidente che l'obbligo di vigilanza, non a caso testualmente anteposto, ha una sua funzione ben distinta, preliminare e strumentale: serve per l'appunto, per quanto qui interessa, a promuovere la tempestiva percezione di atti pregiudizievoli e a rendere operante l'obbligo primario di impedimento. I due obblighi appartengono quindi a piani distinti. Solo l'effettiva

conoscenza, anche a livello eventuale, obbliga all'impedimento: e indipendentemente dall'origine: sia effetto di vigilanza o di scoperta fortuita. Nessun obbligo di impedimento ove manchi un'attuale conoscenza, ancorché a seguito di omessa o insufficiente vigilanza. Di per se l'impegno di vigilanza - quali ne siano gli esatti termini, che i rigorismi giurisprudenziali tendono ad esasperare, dimentichi del parametro del "generale andamento" - fornisce soltanto un metro di conoscibilità ed impedibilità, atto a fondare un addebito per colpa...".

20 Cfr. Cass. S.U., 10/7/02, Franzese, in *Foro It.*, 2002, II, 601.

Riscontriamo, invece, nella fattispecie oggetto del nostro lavoro, un accertamento solo apparente della causalità: anzi, oserei dire, nessuna parola è stata spesa al riguardo<sup>21</sup>.

*“Perché possa affermarsi che si è previsto ed accettato il rischio di qualcosa ( e ciò vale qualsiasi concezione del dolo eventuale si accolga ), occorre anzitutto identificare ed attribuire materialmente l’oggetto della previsione e dell’accettazione del rischio,<sup>22</sup> cosa che i giudici territoriali – come visto – hanno tralasciato di fare.*

Dott.ssa Antonella DE BENEDICTIS

---

21 Denuncia questo generale atteggiamento prevalso nella giurisprudenza G. Insolera, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, cit.: *“Prima ancora di una incompatibilità tra reato omissivo improprio e dolo eventuale,(.)a conclusioni restrittive, che coinvolgono necessariamente l’ipotesi del concorso mediante omissione, si perviene anzitutto considerando proprio il carattere solo apparente dell’accertamento della causalità, che, come visto, domina la materia di cui ci*

*occupiamo .Si tratta di una incompatibilità che presenta analogie con quella tra dolo eventuale e delitto tentato (...): in entrambe le ipotesi è carente quel substrato fattuale ( in un caso lo stesso effetto della condotta, nell’altro un nesso credibilmente accertato ) che comunque deve riflettersi nel dolo”.*

22 Testualmente, Insolera G, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, cit..

**CORTE D'APPELLO DI ROMA, SEZ. I PENALE,  
1 OTTOBRE 2003, N. 6147 – PRES. DELL'ORCO – EST.  
DELL'ORCO – P.M. CALABRIA – CAPOZZI E ALTRI.**

Bancarotta fraudolenta per distrazione – gruppo di imprese – vantaggi compensativi infragruppo – irrilevanza.

Bancarotta fraudolenta – gruppo di imprese – amministratore della controllante – amministratore di fatto nella controllata

*Ai fini dell'integrazione del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione infragruppo non ha alcuna rilevanza che il cosiddetto bilancio consolidato abbia fatto registrare un saldo attivo. Infatti nel nostro ordinamento il gruppo di imprese ha soltanto una valenza economico-finanziaria e non giuridica che lascia intatta la distinzione giuridico-patrimoniale fra le società del gruppo. (1)*

*Gli amministratori della controllante, ove non ricoprono cariche sociali anche nelle controllate, devono essere considerati amministratori di fatto delle suddette società. (2)*

### **Brevi note sul rapporto fra la teoria dei vantaggi compensativi e la bancarotta fraudolenta patrimoniale e sulla figura del c.d. amministratore di fatto.**

**L**a sentenza che si annota affronta un tema di grande attualità: il rapporto fra i vantaggi compensativi all'interno del gruppo di imprese e l'integrazione del reato di bancarotta patrimoniale per distrazione. Come è noto, il gruppo rappresenta un'impresa unitaria che tuttavia, dal punto di vista giuridico, assume una conformazione frammentata in diversi centri di imputazione giuridica, cioè in diversi soggetti giuridici. La scelta di assumere una tale organizzazione è legata a diversi vantaggi, fra cui la separazione dei rischi ma anche una maggiore elasticità operativa, e appare ormai, per le grandi imprese, una via obbligata rispetto alla creazione di un'unica grande impresa multidivisionale<sup>1</sup>. Da questo punto di vista il gruppo rappresenta un fenomeno positivo perché permette una maggiore efficienza operativa delle imprese. Tuttavia, una corretta regolamentazione del gruppo di imprese poggia sulla soddisfacente risoluzione della contraddizione insita nella stessa struttura del gruppo, dato che in esso l'impresa è unitaria e la sua direzione tende inevitabilmente al perseguimento di un unitario interesse di gruppo, entrando con ciò in contraddizione con la struttura giuridica del gruppo basata sulla frammentazione in varie società, alla cui conduzione e alla cui solidità patrimoniale sono

<sup>1</sup> Cfr. PEDRAZZI, in PEDRAZZI e SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a

cura di Galgano, Artt. 216-227, Bologna-Roma, 1995, p.298.



infatti interessati anche i creditori sociali e i soci di minoranza. Vi è così un latente conflitto di interessi per gli organi gestori della società, espressione della maggioranza e partecipi di più ampie politiche di gruppo, fra l'interesse di gruppo e il mero interesse della singola società che con il primo interesse può entrare in contrasto. Il punto è allora quello di armonizzare il necessario perseguimento di una politica di gruppo con la tutela delle posizioni dei soci di minoranza e dei creditori che a questa politica sono estranei<sup>2</sup>.

Questo punto di equilibrio è stato trovato dalla dottrina commercialistica nella cosiddetta teoria dei vantaggi compensativi<sup>3</sup>. Si tratta di prendere atto del dato incontestabile che l'appartenenza ad un gruppo presenta dei vantaggi (sul piano dell'accesso al credito, delle economie di scala, della fruizione di servizi, ecc.) che vanno presi in considerazione nel caso alla singola società vengano imposte scelte apparentemente pregiudizievoli sul piano patrimoniale a favore di altre società del gruppo. Ciò che bisogna verificare è la concreta partecipazione della società apparentemente danneggiata ai vantaggi di gruppo, nonché la misura di tali vantaggi che pertanto dovrebbe essere in misura tale da compensare il pregiudizio imposto alla società. Va segnalato che in dottrina si scontrano due interpretazioni del modo come andrebbe valutata questa operazione di compensazione, e cioè quella rigida e quella elastica<sup>4</sup>. Per i sostenitori della composizione rigida è necessaria una composizione effettiva e puntuale collegata a operazioni di riequilibrio più o meno contestuali che dovrebbero pareggiare il pregiudizio imposto; per i fautori della composizione elastica nel calcolo andrebbero considerati anche i vantaggi semplicemente attesi in rapporto a politiche di gruppo anche di medio e lungo periodo, indipendentemente da bilanciamenti rigidamente proporzionali. Così, secondo questa corrente la composizione andrebbe effettuata con una valutazione ex ante avendo riguardo ai risultati che al momento dell'operazione era ragionevole attendersi. Bisogna tener presente che se la visione rigida offre maggiori garanzie di tutela per i soci di minoranza e per i creditori sociali, la visione elastica garantisce una maggiore scioltezza d'azione del gruppo, considerando che ogni operazione infragruppo è caratterizzata da una certa dose di rischio<sup>5</sup> e che una troppo rigida valutazione dei risultati di tali operazioni potrebbe portare alla paralisi delle politiche di gruppo.

Il legislatore italiano, quando si è trattato di riformare il diritto societario, ha provveduto a riconoscere e a regolamentare il fenomeno del gruppo, riconoscendo nel contempo la teoria dei vantaggi compensativi. Tale recepimento è avve-

2 Cfr. ROVELLI, *Conflitto di interessi nel gruppo di società*, in *Società*, 1989, p. 449; ID, *Direzione unitaria e responsabilità nel gruppo*, *ivi*, 1989, p. 1128.

3 La dottrina sul punto, molto estesa, è citata da NAPOLEONI, *Geometrie parallele e bagliori corruschi del diritto penale dei gruppi (bancarotta infragruppo, infedeltà patrimoniale e "vantaggi compensativi")*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3791.

4 Cfr. NAPOLEONI, *op. cit.*, p. 3794.

5 Cfr. ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in *La riforma dei reati societari*, a cura di Piergallini, Milano, 2004, p. 182; MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda e Seminara, Padova, 2002, p. 490.



nuto prima in campo penale attraverso il d.lg. 11 aprile 2002, n. 61 che, nel novellare l'art. 2634 c.c., ha sanzionato al primo comma, con la reclusione, gli atti di disposizione degli amministratori, direttori generali e liquidatori in conflitto d'interessi, i quali, al fine di procurare un ingiusto profitto a sé o ad altri, cagionino intenzionalmente mediante i suddetti atti un danno patrimoniale, mentre al terzo comma ha stabilito che "in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento e dall'appartenenza al gruppo". Pur essendo il testo della legge piuttosto impreciso, appare chiaro come vi sia stato un netto recepimento della teoria dei vantaggi compensativi nella sua versione elastica. Infatti, dalla lettera della disposizione si evince che una compensazione rigida più o meno contestuale escluderà, prima che il dolo specifico, lo stesso danno patrimoniale, mentre una compensazione elastica o "virtuale", finirà per operare comunque sull'elemento soggettivo del reato. Ciò che assume rilievo è il fatto che, riferendosi il terzo comma ai vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili nel contesto di un'operazione infragruppo, la teoria dei vantaggi compensativi, sia in senso elastico che ovviamente in senso rigido, appare ormai saldamente recepita almeno sul terreno dei reati societari<sup>6</sup>.

L'azione del legislatore è tuttavia avvenuta in due tempi perché il riconoscimento del gruppo e della conseguente teoria dei vantaggi compensativi sul piano civilistico è avvenuto solo con il d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6 che ha introdotto nel libro V del codice civile il nuovo capo IX. Tale sfasatura, peraltro criticata in dottrina<sup>7</sup>, ha prodotto un tardivo adeguamento della giurisprudenza penale, la quale, pur in presenza del citato art. 2634 c.c., ha osiddeamente riconosciuto la figura giuridica del gruppo di imprese soltanto in seguito all'introduzione degli artt. 2497 e ss. C.c. Precedentemente, e la sentenza annotata si muove ancora su questa linea interpretativa, il gruppo di imprese non acquistava alcun rilievo giuridico (tranne che specifiche norme lo prevedessero) e quindi, data la totale autonomia giuridica delle imprese componenti il gruppo, non vi era spazio per alcuna teoria compensativa negli atti di disposizione infragruppo<sup>8</sup>. Su questo punto la sentenza annotata è ormai superata dal nuovo orientamento della V sezione della Corte di cassazione che con la sentenza, 18 novembre 2004, n. 10688, ha osiddeamente riconosciuto la rilevanza giuridica del gruppo di imprese e della teoria dei vantaggi compensativi<sup>9</sup>.

A questo punto bisogna verificare se questa rilevanza è tale anche nel campo dei reati fallimentari, e specialmente in quello della bancarotta fraudolenta

6 Anche su questo punto, con ampi riferimenti bibliografici, cfr. NAPOLEONI, *op. cit.*, pp. 3795 ss.

7 Cfr. FOFFANI, Rilevi critici in tema di riforma del diritto penale societario, in *Dir. Pen. e processo*, 2001, p. 1195.

8 Cfr. Cass. pen., sez. V, 17 marzo 1995, n. 5032, in *Riv. pen. economia*, 1996, p. 248; Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, p. 80;

Cass. pen., sez. V, 29 dicembre 1999, n. 14690, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, p. 87; Cass. pen., sez. V, 1 febbraio 2000, n. 1070, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, p. 86; Cass. pen., sez. V, 26 gennaio 2001, n. 13169, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2001, p. 759.

9 Cass. pen., sez. V, 18 novembre 2004, n. 10688, in *Cass. pen.*, p. 3781.

patrimoniale per distrazione. In dottrina tale rilevanza è, con alcune eccezioni, generalmente ammessa, con l'integrale recepimento della teoria dei vantaggi compensativi nella sua versione a compensazione elastica<sup>10</sup>. La giurisprudenza ha invece negato con chiarezza che l'art. 2634 c.c. possa operare al di fuori del campo dei reati societari, per cui ha escluso che la teoria dei vantaggi compensativi possa avere alcuna rilevanza nel campo dei reati fallimentari<sup>11</sup>. Bisogna però considerare che l'atteggiamento giurisprudenziale pare sorretto più da preoccupazioni di repressione criminale che da una più generale ricostruzione del sistema normativo. In effetti, la figura del gruppo di imprese è ormai recepita nel codice civile, mentre la teoria dei vantaggi compensativi è espressamente prevista agli artt. 2497 e 2634 c.c., senza considerare che l'art. 223, comma 2, n. 1, l.fall., richiama espressamente tutto l'art. 2634 c.c. e quindi anche il suo terzo comma. Quindi, dal punto di vista sistematico, il gruppo di imprese appare ormai riconosciuto, come anche la teoria dei vantaggi compensativi, e ciò ovviamente, già a livello di generale ricostruzione del sistema normativo, deve avere un peso nell'interpretazione dei reati fallimentari, e specialmente della bancarotta patrimoniale per distrazione. E' forse, però, possibile individuare un'interpretazione mediana che possa contemperare le esigenze di tutela sottese ai reati fallimentari con il riconoscimento anche in questo campo della figura giuridica del gruppo. E' stato prima sottolineato come la teoria dei vantaggi compensativi nella sua versione più ampia (cioè quella a compensazione elastica) garantisca un più ampio riconoscimento delle politiche di gruppo e del correlativo rischio d'impresa. In quest'ottica, il rischio d'impresa collegato a tali politiche appare essere l'elemento chiave nell'applicazione della teoria dei vantaggi compensativi ai reati fallimentari, nel senso che, se la politica attuata è a rischio medio-basso per l'impresa pregiudicata, è opportuno lasciare un più ampio margine di manovra agli amministratori delle società, richiedendo ad essi soltanto un prevedibile ritorno d'utilità anche nel lungo-medio periodo. Tuttavia, ove il rischio appaia talmente elevato da poter portare allo stesso fallimento della società pregiudicata, la soglia di tutela dovrà avanzare e quindi la compensazione richiesta sarà di tipo rigido, garantendo un pronto riequilibrio della sfera patrimoniale societaria.

Di tale interpretazione va verificata la compatibilità con il dettato normativo e a questo proposito le norme da considerare sono gli artt. 216 e 223, comma 2, n. 1, l. fall. In effetti, se la condotta distrattiva ha provocato il fallimento, la norma da applicare, perché speciale, sarà l'art. 223, comma 2, n. 1 che espressamente richiama le tipiche condotte distrattive previste all'art. 2634 c.c.,. Invece, ove tale nesso eziologico manchi, pur essendo l'art. 223, comma 2, n. 1 norma speciale e adottando il suggerimento di autorevole dottrina<sup>12</sup>, bisognerà applicare l'art. 216

10 Per un'attenta ricostruzione del dibattito dottrinale avvenuto sul punto, cfr. NAPOLEONI, *op. cit.*, pp. 3808 ss. Lo stesso autore alle pp. 3809 ss. presenta una ricostruzione della bancarotta infragruppo utilizzando la teoria dei vantaggi compensativi in senso ampio.

11 Cfr. Cass. pen., sez. V, 18 novembre 2004, n. 10688, cit.; e con maggior chiarezza, Cass. pen., sez. V, 24 aprile 2003, n. 23241, in *Cass. pen.*, 2004, 2142.

12 Così NAPOLEONI, *op. cit.*, pp. 3815 ss.

che peraltro risulta richiamato dall'art. 223, comma 1. A questo riguardo, va subito sottolineato come l'art. 223, al comma 2, faccia espressamente riferimento ai "fatti" previsti dalle richiamate norme societarie e che per "fatto", sia la teoria bipartita che quella tripartita intendono gli elementi della condotta, del nesso causale e dell'evento, mentre gli elementi della colpa o del dolo rimangono estranei al "fatto". A questo punto si ricorderà che nell'art. 2634 c.c. la compensazione elastica è riconosciuta attraverso l'esclusione dell'elemento del dolo specifico, mentre la compensazione rigida si trova riconosciuta già a livello dell'evento del danno patrimoniale il quale, se rigidamente compensato, risulterebbe del tutto mancante. L'art. 223, comma 2, n. 1, nel richiamare il "fatto" previsto e non il reato previsto all'art. 2634 c.c., cioè i soli elementi oggettivi di tale reato, ha quindi inteso recepire la sola teoria della compensazione rigida, nel senso che, affinché manchi la condotta dell'art. 223, comma 2, n. 1, è necessario che sia mancante l'elemento del danno patrimoniale e dunque che sia intervenuta una compensazione rigida dell'operazione infragruppo. In effetti, l'operazione presa in considerazione dalla norma fallimentare è sicuramente ad alto rischio per la società pregiudicata, dal momento che deve aver cagionato, o concorso a cagionare, il suo fallimento, ed è per questo che è richiesta una compensazione rigida. D'altronde, una condotta distrattiva che non abbia provocato un danno al patrimonio della società non appare neanche idonea a cagionare il fallimento della stessa, per cui in caso di compensazione rigida, oltre a mancare l'elemento della condotta, sarà quasi sempre mancante l'elemento dell'evento, ambedue previsti all'art. 223, comma 2, n. 1.

Come si accennava sopra, ove sia mancante l'elemento del nesso eziologico fra condotta distrattiva e l'evento del fallimento, bisognerà applicare l'art. 216, comma primo, n. 1, ma anche in questo caso la teoria dei vantaggi compensativi potrà essere recepita. In effetti, se per distrazione si intende una "diminuzione fittizia del patrimonio operata mediante il distacco di alcune attività, destinato ad impedirne l'apprensione da parte degli organi del fallimento"<sup>13</sup>, nel caso in cui vi sia un atto dispositivo di elementi del patrimonio sociale, ove sia stata adottata un'azione compensativa rigida che abbia rimosso il pregiudizio patrimoniale, la stessa condotta distrattiva non risulterà integrata. D'altronde, se si considera che il reato di bancarotta patrimoniale per distrazione di cui all'art. 216, comma primo, n. 1, è di pericolo concreto, una tale condotta non appare neanche in grado di porre un rischio di lesione del bene protetto ed in effetti il reato in esame, nel caso di gruppo di imprese, prende in considerazione le sole operazioni infragruppo ad alto rischio per la società pregiudicata, le quali, pur non avendo cagionato il fallimento della società, ne hanno messo in pericolo l'integrità patrimoniale. Ovviamente, una tale interpretazione non permette il recepimento della teoria dei vantaggi compensativi a compensazione elastica, dal momento che in mancanza di una compensazione rigida la condotta distrattiva risulterà integrata e l'unica verifica possibile

---

13 ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale - leggi complementari*, Milano, 1998, p. 56.

sarà quella della concreta offensività della condotta stessa.

Un ultimo rapido cenno merita la figura del cosiddetto amministratore di fatto. Questa figura è in effetti richiamata dalla sentenza che si annota ed è ormai recepita a livello giurisprudenziale, dato che sia la giurisprudenza che la dottrina fanno leva su una lettura funzionalistica della nozione di amministratore, per cui ciò che rileva è l'effettivo esercizio di poteri gestori o rappresentativi<sup>14</sup>. Va sottolineato come tale ricostruzione sia sicuramente influenzata, da un lato, dal fatto che la cosiddetta legittimazione al reato nei reati propri si basi appunto su un particolare rapporto fra il bene protetto e il titolare della qualifica, in modo tale per cui il soggetto sia in grado di arrecare un'offesa al bene stesso. Per cui in realtà l'elemento rilevante, più che la qualifica, è questo particolare rapporto fra agente e bene protetto, la cui rilevanza potrebbe anche essere di mero fatto. Dall'altro, dalla considerazione che i reati di bancarotta sono di tipo proprio ma non esclusivo, per cui la qualifica non incide sull'offensività-illiceità del fatto e quindi non è elemento del fatto tipico. In effetti, quando sia la dottrina che la giurisprudenza, in seguito alla codificazione all'art. 2639 c.c. della figura dell'amministratore di fatto nel campo dei reati societari, hanno dovuto rispondere al quesito se tale norma svolgesse una funzione direttamente incriminatrice ("il se" della risposta sanzionatoria) e quindi impedisse l'utilizzazione della suddetta figura nel campo dei reati fallimentari, dove una norma del tipo dell'art. 2639 c.c. manca, la risposta è stata negativa: l'art. 2639 c.c. svolgerebbe una mera funzione definitoria e non farebbe altro che recepire in campo societario una figura che è sicuramente utilizzabile anche nel campo dei reati fallimentari<sup>15</sup>. Va tuttavia sottolineato come, pur essendo un tale orientamento giustificabile per le considerazioni sopra svolte, appare però poco rispettoso del principio di determinatezza. Se si accede alla ricostruzione che vuole tale principio esteso a tutti gli elementi della norma incriminatrice e quindi non solo sul "se" della risposta sanzionatoria ma anche sul "come" e il "quanto" di tale risposta<sup>16</sup>, si dovrà convenire che la figura dell'amministratore di fatto dovrebbe essere individuata con la massima precisione. In realtà l'art. 2639 c.c., che effettivamente recepisce il corrente orientamento giurisprudenziale, parla di significativo esercizio dei poteri tipici inerenti alla qualifica o funzione. Il concetto di significativo esercizio, tuttavia, appare vago e indeterminato piuttosto che elastico, vista anche la

14 Per una puntuale ricostruzione della giurisprudenza e della dottrina sul punto cfr. PALLADINO, *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 3088 ss.

15 Cfr. PALLADINO, op. cit., pagg. 3094 s., anche se l'autrice ritiene che alla norma dell'art. 2639 c.c. non possa attribuirsi una vera e propria "funzione definitoria". In giurisprudenza cfr. *Cass. pen.*, sez. V, 5 giugno 2003, n. 36630, in *Riv. pen.*, 2004, 197. *Contra*, CARACCIOLI, *Sul continuo allargamento della figura dell' "amministratore di fatto"*, in *Impresa*, 2005, pp. 501 ss.

16 *Contra*, Corte cost., 16 maggio 1989, n. 247, in *Cons. Stato*, 1989, II, 713, la quale permette un minor grado di determinatezza per gli elementi della fattispecie che, estranei al contenuto offensivo del fatto, siano solo delimitativi della sua rilevanza penale. L'interpretazione della Corte costituzionale ha destato notevoli perplessità in dottrina; per tutti, cfr. PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, pp. 1194 ss.

scarsa omogeneità delle posizioni dottrinali sull'individuazione di tale elemento. Al riguardo sarebbe stato forse più opportuno che il legislatore avesse provveduto almeno ad una parziale tipizzazione di tale significativo esercizio, dato che una tale mancanza rende e l'art. 2639 c.c. norma di dubbia costituzionalità, e nello stesso tempo di dubbia costituzionalità tutti i reati fallimentari i quali richiamerebbero una qualifica di amministratore del tutto vaga e indeterminata la cui individuazione non si potrebbe giovare della funzione definitoria dell'art. 2639 c.c.

Avv. Delio SPAGNOLO

**TRIBUNALE DI ROMA, SEZIONE PER IL RIESAME,  
ORDINANZA 21 OTTOBRE 2005. EST. SCHIPANI**

(sequestro preventivo - riciclaggio – concorso nel reato presupposto di esercizio abusivo di attività finanziaria – irrilevanza )  
(artt. 648bis C.p.p. – 132 D.lgs. 385/1993 – 321-324 C.p.p.)

*Ai fini della valutazione del fumus del reato di cui all'art. 648bis C.p. non rileva, in tema di sequestro preventivo, considerare il concorso dell'indagato nel reato principale presupposto.(1)(2)*

**Così motiva l'Ordinanza:**

**// Sull'appello** proposto in data 21.04.2005 dai difensori di XXX avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di revoca del decreto di sequestro preventivo emessa in data 8.04.2005 dal Gip del Tribunale di Roma nel proc. n. xxx.

**premesse** che con decreto in data 3.11.2003 il Gip del Tribunale di Roma ha convalidato il decreto di urgenza emesso dal PM in data 27.10.2003 ed ha disposto il sequestro preventivo dei conti correnti n. xxxxx e xxxxx accessi sul Banco di Brescia il 30.03.1998 ed il 17.04.1998, nonché del complessivo importo di euro 1.154.8855,00 depositato sui precedenti conti, intesati a XXX e sui quali gli odierni appellanti erano stati delegati ad operare ( a far data dal Gennaio 2003);

**premesse** ancora che a XXX risulta contestato, nel presente procedimento, il reato di cui all'art. 648bis C.p. (riciclaggio di disponibilità finanziarie da ritenersi preventivo dei delitti di usura ed abusivismo finanziario, mediante operazioni di trasferimento di somme di denaro per oltre euro 1.000.000,00 da conti correnti intestati al padre XXX) scaturito dalla richiesta di prelievo in contanti della somma di euro 1.150.000,00 circa, inoltrata alla banca dai figli (importo proveniente da recente disinvestimento di strumenti finanziari depositati sulla stessa filiale a nome del XXX) (omissis)

**ritenuto** che quanto alla contestata fattispecie di esercizio abusivo dell'attività finanziaria, delitto presupposto dell'attività di riciclaggio, sui conti in questione si è registrata un'ingente movimentazione nel periodo dal 30.06.1998 al 30.06.2003 per importi più che considerevoli;

**rilevato** che in particolare nell'annotazione della G.d.F del 25.10.2004(a f. 836 e segg. Che fa seguito alla nota del GICO del 26.02.2004, a f. 376) tali movimenti sono stati correlati anche con le risultanze d'indagine nel procedimento n. xxx a carico del XXX in relazione all'ipotesi di esercizio abusivo dell'attività creditizia e che nell'ambito di tale procedimento è emerso che i numerosi soggetti ivi menzionati hanno ricevuto in prestito dal XXX importi di denaro successivamente al medesimo restituiti( si vedano tra i tanti i rapporti finanziari intrattenuto con XXX, il quale ha ricevuto dal XXX £ 145.000.000.ed ha restituito assegni e bonifici , £. 976.073.000);

**atteso** che significativo è il riscontro effettuato dagli operanti in merito alla corrispondenza tra i nominativi contenuti nelle agende sequestrate ai figli del XXX e quelli emersi dagli accertamenti bancari relativi ai conti correnti del Banco di Brescia;

**considerato** inoltre che nelle agende in questione erano annotati accanto ai nominativi, importi anche di notevole entità, che tra i detti soggetti figuravano persone già escusse dalla Polizia Valutaria in merito alla restituzione dei prestiti al XXX e che le restituzioni continuavano ad essere effettuate anche successivamente alla data dell'arresto del predetto (9.03.2002);

**rilevato** che nel menzionato procedimento n. xxx a carico di XXX è stato emesso decreto di citazione diretta a giudizio per il reato di cui all'art. 132 D.lvo n. 385/93 (illecito esercizio di attività finanziaria svolto nei confronti dei numerosi soggetti escussi nel corso dell'indagine de qua) e che non rileva ai fini della configurabilità del delitto di riciclaggio ascritto agli odierni appellanti la dedotta prossima prescrizione del reato presupposto;

**ritenuto** che pacifica è la sussistenza del periculum in mora, stante la evidente idoneità del denaro, ove rimanga nella disponibilità degli indagati, a protrarre o aggravare le conseguenze del reato;

**atteso** che non è necessario che il denaro o i titoli sottoposti a vincolo si identifichino proprio con le somme acquisite attraverso l'attività criminosa, in quanto "la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non impone che il sequestro debba necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite, bensì la somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta, purchè sia attribuibile all'indagato"(cfr. Cass. Sez. Un. 24.05.2004 n. 29951);

**ritenuto** che a fronte delle esposte acquisizioni documentali, la ricostruzione del patrimonio mobiliare offerta dalla consulenza tecnica di parte non è idonea ad elidere il fumus commissi delicti;

**ritenuto** pertanto che alla luce di quanto sopra permangono i presupposti del sequestro preventivo disposto dall'Autorità procedente, sicchè il gravame va rigettato".

## **(2) Riciclaggio, indispensabilità del mancato concorso nel reato principale.**

L'Ordinanza in epigrafe incorre in una valutazione sommaria e presuntiva degli elementi indispensabili che devono essere alla base del sequestro preventivo.

Il Tribunale del riesame di Roma mostra una carenza di base nella valutazione dei presupposti indispensabili perché si possa accedere al sequestro preventivo.

E' pur vero che in tema di misure cautelari reali non debba il giudice valutare la sufficiente presenza degli indizi di colpevolezza del reato contestato, dovendosi limitare la sua valutazione soltanto alla configurabilità in astratto dell'ipotesi criminosa, ma ciò non esclude che debba rilevare la incongruenza logica che deriva dal concorso dello stesso indiziato nel reato principale.

Tale modo di procedere porta ad un'erronea estensione del potere valutativo ed



alla conseguenza della non ipotizzabilità in astratto del reato per cui si procede.

La Ordinanza in commento avrebbe dovuto rilevare, per il mantenimento del sequestro, le ragioni per le quali riteneva di escludere la configurabilità del concorso nel reato principale di esercizio abusivo dell'attività finanziaria.

La fattispecie di cui all'art. 648bis C.p. incrimina le condotte di sostituzione o trasferimento di denaro, beni o altre utilità di provenienza da delitto non colposo, ovvero il compimento di operazioni tali da ostacolare l'identificazione della provenienza illecita.

Questo reato è stato introdotto dal D.L. n. 59 del 1978 convertito poi nella L. n. 191/1978 che rubricava: "Sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di estorsione".

La primitiva fattispecie era strutturata come un reato a consumazione anticipata, una condotta che non sfociava in un evento naturalistico, essendo sufficiente che venissero posti in essere quegli atti o fatti diretti a sostituire denaro o valori.

All'epoca il termine riciclaggio era stato importato dal mondo anglosassone (recycling) rispondeva all'idea di "lavaggio" ossia sostituzione fisica di liquidità da ripulire.

Scarno era il catalogo dei delitti a monte – rapina aggravata, estorsione aggravata e sequestro di persona a scopo di estorsione - : i primi due si giustificavano alla luce di un allarmismo sociale provocato da questo tipo di criminalità, mentre il sequestro di persona si ricollegava ad esigenze di indagine ed alla capacità di questo tipo di delitto di produrre flussi finanziari ( si pensi al prezzo del riscatto).

La seconda versione dell'art. 648bis C.p. si è avuta con la Legge n. 55 del 1990 il cui art. 23 assegna una nuova rubrica sotto il nome di "Riciclaggio".

La riformata versione del delitto de quo amplia la gamma dei reati matrice: vengono inseriti i delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope.

La condotta, contrariamente a quella del vecchio testo che era a consumazione anticipata, prevede ora la configurabilità del tentativo di riciclaggio. al fine di punire quegli "atti o fatti diretti a sostituire".

Viene abbandonato l'elemento subiettivo del dolo specifico per far posto a quello del dolo generico circa la consapevolezza delle condotte di sostituzione e di ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni, basta al momento volitivo della dolo la coscienza e volontà di sostituire le utilità o di ostacolare l'accertamento della loro provenienza con la scienza che essa si ricollega ad un delitto doloso.

L'ultima modifica del 648bis, si ha con la legge n. 328 del 1993, che all'art. 4 prevede il nuovo testo del reato di riciclaggio.

L'innovazione più vistosa rispetto alle versioni precedenti è senza dubbio l'estensione a tutti i delitti non colposi quali attività criminali presupposte al delitto in esame e quindi all'applicabilità della norma.

Nel caso di specie, l'Ordinanza de quo è incorsa in una svista laddove, relativamente alla sussistenza in capo agli indagati del reato di riciclaggio, omette di dare un'adeguata motivazione sulla configurabilità del suddetto reato non indicando le ragioni per



cui non è stato esplicitato in ordine al fumus, la irrilevanza della condotta di concorso degli stessi indagati nel reato-presupposto di esercizio abusivo di attività finanziaria.

Sebbene il Provvedimento impugnato in ossequio ai principi enucleati dalla giurisprudenza della Suprema Corte si sia limitato ad incentrare la propria indagine sulla legittimità della misura cautelare reale, esulando da qualsiasi valutazione circa la fondatezza o meno del fatto di reato, ben avrebbe dovuto motivare, in tale particolare fattispecie, anche in ordine agli elementi costitutivi del reato di riciclaggio contestato agli indagati.

Il carattere devolutivo dell'impugnazione implica che i poteri del giudice, chiamato a decidere in sede di appello ex art. 310 C.p.p., comprendono anche il dovere di accertare la ricorrenza, nell'ambito della concreta fattispecie, degli elementi previsti dalla legge per l'applicabilità di una determinata norma.

E' ben vero che per decidere in tema di sequestro preventivo il giudice non deve accedere a valutazioni probatorie sugli indizi di reato, nel caso de quo invece, tale valutazione non era superflua, ma indispensabile.

I rilievi svolti dal Tribunale in merito alle attività degli indagati di gestione dei conti correnti anche successivamente all'arresto del padre, consistente in particolare nella ricezione delle quote restituite dai diversi beneficiari dei finanziamenti, avrebbero dovuto inquadrare tali condotte come attività concorrenti nel reato di esercizio abusivo del credito atteso che si ponevano come complementari rispetto alle erogazioni originarie dei finanziamenti poiché necessarie ad assicurarsi il profitto di dette operazioni.

La clausola di sussidiarietà contenuta nell'incipit dell'art. 648bis C.p. ("fuori dai casi di concorso nel reato") va interpretata come volta ad escludere la condotta del concorrente nel reato a monte che investa il provento della sua attività criminosa attraverso una di quelle attività complementari al reato di abusiva attività finanziaria indicate dall'art. 106 del D.lgs. 385/93 di concessione sistematica di un numero indeterminato di mutui e finanziamenti ad un vasto numero di persone.

Pertanto gli indagati non potevano essere ritenuti responsabili del reato di riciclaggio loro addebitato, avendo essi partecipato al delitto che ne costituiva il presupposto, ossia quello di cui all'art. 132 T.U. n. 385/1993 tant'è che così come emerge dalla stessa motivazione "le restituzioni dei prestiti continuavano ad essere effettuate anche successivamente all'arresto del padre".

Ciò proprio a dimostrazione del fumus di una condotta di concorso degli indagati nel reato a monte, posta in essere dagli stessi perché diretta ad assicurare il profitto delle illecite operazioni abusive intraprese dal padre.

Il Provvedimento emesso dal Tribunale del riesame, onde non incorrere in questa serie di strabismi giuridici, avrebbe dovuto motivare non solo in merito alla configurabilità in astratto del ritenuto reato ex art. 648bis C.p. ma anche, in negativo, in ordine alla partecipazione dagli indagati di riciclaggio al reato presupposto.

Avv. Giada PAPA

GIURISPRUDENZA  
AMMINISTRATIVA

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE DI ROMA**

Sezione stralcio civile in persona del giudice unico dr.ssa Antonina Fanile ha pronunciato la seguente

**Sentenza**

Nella causa civile in primo grado iscritta al n.48847 del ruolo generale affari contenziosi dell'anno 1994

tra

Impresa Giuseppe Vittorini in persona dell'omonimo titolare e sede in Roma via Di Vigna Due Torri, 103 elett.te dom.to in Roma viale Liegi, 34 presso lo studio dell'avv. Giancarlo Navarra che lo rappresenta e difende per delega in calce all'atto di citazione. - Attore -

e

Comune di Roma in persona del Sindaco p.t. elett.te dom.to in Roma via Del Tempio di Giove, 21 presso l'avv. Roberto Tommasuolo che lo rappresenta e difende giusta procura speciale alle liti per rogito notaio Mazza di RM in data 13.12.93 rep.2340. - Convenuto -

Conclusioni : 10.7.95 / 11.2.04

Oggetto: pubblici appalti

**Svolgimento del processo e motivi della decisione**

**Considerato che:**

**C**on atto di citazione notificato il 14.6.94 l'impresa Vittorini in persona del titolare conveniva in giudizio il Comune di Roma che le aveva dato in appalto i lavori di costruzione di un edificio da adibire a scuola elementare nel P.Z. n.4 "Serpentara I" area n.3. Deduceva che i lavori venivano consegnati il 1.2.85 e completati 27.3.88 come da verbale relativo e che ai sensi dell'art.16 del Capitolato particolare il collaudo doveva avvenire entro 12 mesi dall'ultimazione dei lavori ma non era stato sino al momento effettuato, pur essendo stato utilizzato l'immobile senza inconvenienti. Chiedeva che il Comune fosse condannato al pagamento della rata di saldo oltre interessi ex art.36 DPR 1063 del 1962 e art.5 del Capitolato particolare; alla restituzione della somma costituente cauzione definitiva e di quanto trattenuto in garanzia; al pagamento degli oneri di manutenzione sostenuti dall'impresa dopo l'ultimazione dei lavori nell'ammontare che sarebbe risultato di giustizia; al pagamento delle opere eseguite extra contratto come sarebbe risultato dall'istruttoria e in subordine ai sensi dell'art.2041 c.c. per ingiustificato arricchimento; al risarcimento dei danni subiti per il comportamento omissivo del Comune; al pagamento delle spese di giustizia.

Si costituiva il Comune di Roma contro deducendo: 1) che la commissione di collaudo aveva espletato con estrema sollecitudine il suo incarico dato che la prima visita di collaudo era avvenuta il 26.9.86 e poi successive sei visite sino al 31.3.87. 2) che l'appaltatore, sebbene richiesto sin dal 23.12.85, non aveva mai presentato le certificazioni tecniche relative alle opere e agli impianti rilasciate dalle competenti autorità (Vigili del Fuoco, INPS, USL, ISPELS) né il libretto di rispondenza alle norme di legge dell'impianto di riscaldamento centralizzato. 3) che al perdurare da parte dell'appaltatore in detto grave inadempimento si passava al sollecito scritto del 10.1.86 e gli si comunicava che se non avesse ottemperato al deposito della documentazione e all'eliminazione dei vizi e difetti riscontrati non si sarebbe potuto passare al collaudo statico, all'emissione del certificato di collaudo e al conto finale. Ancora con raccomandata del 14.3.89 il Collaudatore contestava formalmente ed analiticamente i vizi e le difformità dell'opera e degli impianti di riscaldamento. Seguiva una riunione con l'impresa il 25 settembre 91 con redazione del processo verbale sottoscritto dal Vittorini il quale successivamente, con telegramma 24 ottobre 91; 4) che intanto il Preside dell'Istituto Tecnico Pacinotti lamentava il 16.12.91 abbondanti infiltrazioni d'acqua dai tetti e dalle finestre, mancato funzionamento dell'impianto elettrico. In un incontro avvenuto il 27.1.91 l'impresa ribadiva la volontà di eseguire le opere dovute e in particolare l'adeguamento della centrale termica, tuttavia non aveva mai adempiuto. Concludeva per il rigetto della domanda attrice in quanto: a) i vizi gravi e le difformità accertate e contestate ex. Art. 102 RD350/1895 impedivano il collaudo per causa imputabile all'impresa e la successiva approvazione degli atti a seguito dei quali si sarebbe potuto pagare il saldo prezzo; b) non erano state effettuate opere di manutenzione successivamente alla fine dei lavori ma eventualmente opere per eliminare difformità richieste dal collaudatore e peraltro mai effettuate nonostante espliciti impegni dell'impresa in tal senso, né erano state mai richieste opere fuori contratto ma solo opere per eliminare vizi gravi e difformità. c) inammissibilità della domanda di risarcimento danni per mancanza dei presupposti. In riconvenzionale e/o compensativa chiedeva la condanna dell'impresa al risarcimento dei danni subiti e subendi dal Comune nella somma necessaria all'adeguamento degli impianti e all'eliminazione dei vizi e difformità dell'opera e a titolo di responsabilità aggravata.

Insisteva perché in via preliminare si affrontassero le eccezioni di diritto.

Il G.I. ritenendo che la risoluzione delle questioni preliminari potesse risolvere il giudizio, fissava l'udienza di precisazione delle conclusioni. L'attore concludeva riportandosi all'atto introduttivo e il convenuto si riportava alle conclusioni contenute nella memoria depositata in udienza. Veniva fissata l'udienza collegiale al 10.10.97 poi rinviata. Entrava in vigore la legge 276/97 e la causa veniva assegnata alla sezione stralcio con provvedimento del 18.4.2000. Davanti al Giudice unico veniva fissata l'udienza per esperire il tentativo di conciliazione di cui all'art.13 di detta legge e veniva concesso termine al procuratore del Comune per la ricostruzione del proprio fascicolo, qualora le ricerche della cancelleria avessero avuto esito

negativo. Per i medesimi incombenti le parti chiedevano ed ottenevano alcuni rinvii data anche la difficoltà a ricostruire il fascicolo non ritrovato. All'udienza del 14.5.03 il Comune depositava la proposta di transazione avanzata dall'impresa accolta dal competente Dipartimento Lavori Pubblici con nota del 6.2.03 nel punto 2; sosteneva che il punto 1 esulava dal presente giudizio riguardando invece il giudizio pendente davanti ad altro giudice e proposto dall'impresa con atto di citazione dell'8.4.03. L'attore replicava contestando la produzione documentale perché tardiva e l'affermazione che la proposta effettuata potesse costituire riconoscimento di credito del Comune. Poiché considerava fallito il tentativo di comporre bonariamente la vertenza chiedeva rinvio per precisare le conclusioni. I procuratori delle parti concludevano come da verbalizzato all'udienza dell'11.2.04 con termini di cui all'art.190 c.p.c. per deposito di memorie conclusionali e repliche. In data 8.4.04 veniva richiesto il fascicolo dall'Ufficio Ruolo Generale Contenzioso per eventuale riunione ed altro procedimento e alla richiesta si ottemperava dopo la scadenza dei termini per il deposito di memorie e repliche e cioè dopo il 3.5.04. Il fascicolo veniva rimesso al giudicante per la decisione, poiché non veniva disposta nuova assegnazione, con comunicazione del Presidente in data 16.9.04.

Il Comune ha fornito prova dei propri assunti depositando copiosa documentazione relativa alla richiesta dei certificati relativi agli impianti e alle opere, oltre che ai rilievi del Collaudatore in riferimento all'impianto di produzione del calore e alla rete fognaria sin dal 23-12-85 e poi ancora il 25.9.91. Risulta altresì che il Comune provvede con tempestività alla nomina del Collaudatore statico e della Commissione di collaudo tecnico amministrativo. Il Capitolato particolare all'art.5 sottopone l'appalto all'osservanza del Capitolato Generale OOPP, alle leggi, ai regolamenti e praticamente alla normativa tutta vigente per gli appalti anche in relazione agli impianti elettrico, di produzione calore e altri. La documentazione richiesta era quindi necessaria alle verifiche richieste per collaudare l'opera e l'aver omesso l'appaltatore di fornirla tanto da prospettare detta consegna entro il novembre 91 ha concretizzato inadempimento contrattuale. Infatti l'appaltatore aveva assunto nel contratto l'onere di adempimento degli obblighi di legge (consegna delle certificazioni tecniche relative alle opere e agli impianti rilasciate dalle competenti autorità: Vigili del Fuoco, INPS, USL, ISPELS e del libretto di rispondenza alle norme di legge dell'impianto di riscaldamento centralizzato) e ha impedito la conclusione delle operazioni di collaudo. Nell'ottobre 94 l'ingegnere collaudatore dichiarava l'impianto di riscaldamento non collaudabile ai sensi dell'art.102 - 3° comma legge n.350/1895 perdurando l'inadempimento di alcune prescrizioni effettuate per ottemperare alla legge 373/76. Il collaudo peraltro non è sostituibile dal fatto che l'immobile pur con i difetti riscontrati e sempre più evidenziatisi è stato utilizzato dall'Amministrazione, dato che la necessità del collaudo comporta l'irrilevanza della consegna dell'opera prima di esso. Conseguentemente i termini di decadenza e prescrizione non decorrono prima del collaudo. Nel caso di cui si verte il collaudo è stato impedito dalla impossibilità di verifica dell'esecuzione dell'impianto di produzione calore, acqua

calda e della rete fognaria a norma di legge oltre che dal riscontro di difformità e vizi in parte eliminate nel tempo, ma senza che la documentazione relativa fosse aggiornata, e in parte esistenti al 1994 anche in riferimento all'impianto fognario. Venuto a mancare il collaudo che è presupposto giuridico al pagamento del saldo, ritenuto esistente l'inadempimento contrattuale dell'appaltatore che ha reso l'opera non collaudabile conseguenza è stata la sospensione del pagamento del saldo del prezzo e delle trattenute a garanzia ai sensi dell'art.5 comma 4 legge n.741/81. Va dichiarata quindi inammissibile la domanda attrice. Quanto poi al contenuto della proposta di bonario componimento effettuata dall'impresa deve rilevarsi che essa è valutabile unitariamente nei vari punti indicati che devono intendersi interdipendenti in mancanza di indicazioni diverse della proponente. Essa comprende argomenti che non riguardano il presente giudizio ma tutta la situazione pendente tra le parti e dovrà essere esaminata pertanto in altra sede. Alla soccombenza segue la condanna dell'attrice alle spese del giudizio, c'è notula in atti.

#### P.Q.M.

il Tribunale definitivamente pronunciando nel procedimento n.48847/94 ogni altra domanda ed eccezione respinta così dispone:

- ◆ dichiara inammissibile la domanda attrice,
  - ◆ condanna l'attrice alla refusione delle spese di giudizio al convenuto in € 7.550,52 di cui: € 280 per spese, € 350 per competenze, € 6.920,52 per onorari CPA ed IVA come per legge.

Roma lì 12.12.04

**TRIBUNALE DI ROMA - SEZIONE STRALCIO CIVILE -  
SENT. 4 GENNAIO 2005, N. 137/05 - GIUDICE FANILE  
IMPRESA GIUSEPPE VITTORINI (AVV. NAVARRA)  
C. COMUNE DI ROMA (AVV. TOMASUOLO)**

Appalto di opere pubbliche – Collaudo – utilizzo dell’opera da parte dell’amministrazione dopo l’ultimazione – equipollenza – esclusione – vizi dell’opera - decadenza e prescrizione - decorrenza dei termini – consegna anticipata ed uso – irrilevanza

*In un contratto di appalto di opere pubbliche, il collaudo non è sostituibile dal fatto che l’immobile pur con i difetti riscontrati sia stato utilizzato dall’Amministrazione, poiché la necessità del collaudo comporta l’irrilevanza della consegna dell’opera prima di esso, con la conseguenza che i termini di prescrizione e decadenza previsti dalla legge per far valere detti vizi non decorrono prima del collaudo (fattispecie in cui il collaudo è stato ritenuto impedito dalla impossibilità di verifica dell’esecuzione dell’impianto di produzione calore, acqua calda e della rete fognaria oltre che dal riscontro di vizi e difformità in relazione all’impianto fognario. Dalla mancanza di collaudo ne è discesa la sospensione del pagamento del saldo del prezzo e delle trattenute a garanzia ai sensi dell’art. 5, comma 4 della l. 10 dicembre 1981, n. 741).*

**Testo Della Pronuncia**

**Ritardo nel collaudo tra responsabilità dell’appaltatore  
(per vizi dell’opera) ed inerzia della p.a.**

**1. Generalità. La fattispecie in contestazione**

**L**’impresa appaltatrice del Comune di Roma per l’esecuzione di lavori di costruzione di un edificio scolastico cita l’Amministrazione locale avanti al Tribunale civile di Roma, deducendo la mancata effettuazione del collaudo dell’opera nonostante il decorso di oltre dodici mesi rispetto alla data di ultimazione dei lavori, ossia il termine massimo previsto dal Capitolato speciale e comunque dalla normativa vigente al momento dell’affidamento. L’illegittimità del mancato collaudo, secondo l’impresa attrice, sarebbe comprovata, tra l’altro, dalla circostanza che l’immobile veniva utilizzato senza alcun inconveniente. Chiedeva dunque la condanna della Committenza al pagamento del saldo (comprensivo degli interessi), alla restituzione della cauzione definitiva e di quanto trattenuto in garanzia, al pagamento degli oneri di manutenzione che sarebbero stati sostenuti dall’appaltatore stesso dopo l’ultimazione dei lavori, nonché al pagamento di asseriti lavori extracontrattuali e comunque al risarcimento dei danni subiti per il comportamento omissivo tenuto dal Comune.

Il Comune, per contro, opponeva che il certificato di collaudo non era stato emesso per non aver mai l'impresa prodotto le certificazioni tecniche inerenti le opere e gli impianti eseguiti rilasciate dagli Enti preposti, né il libretto di rispondenza dell'impianto di riscaldamento centralizzato alle norme vigenti. Inoltre, dalle visite di collaudo sarebbero emersi vizi e difformità puntualmente contestati, ma mai – nonostante impegni scritti assunti dall'impresa – eliminati. Del resto, una volta utilizzato l'immobile nelle more dell'ultimazione del collaudo, venivano riscontrate carenze e criticità rilevanti, quali abbondanti infiltrazioni di acqua e mancato funzionamento dell'impianto elettrico, cui egualmente l'impresa non poneva rimedio. Pertanto, il Comune convenuto, rilevando che i predetti vizi e difformità precludevano l'effettuazione del collaudo per causa imputabile all'impresa, ed escludendo che fossero state eseguite opere di manutenzione successive alla fine dei lavori, chiedeva il rigetto della domanda attorea. In via riconvenzionale, invocava la condanna dell'appaltatore al risarcimento dei danni identificati nella somma necessaria all'adeguamento degli impianti elettrico e di produzione calore, nonché della rete fognaria ed all'eliminazione dei difetti riscontrati.

L'adito Tribunale ha dichiarato inammissibile la domanda dell'Impresa condannandola alla refusione delle spese di giudizio, affermando che la mancata produzione dei certificati inerenti gli impianti costituiva senz'altro inadempimento contrattuale, perché non consentiva di esperire le necessarie verifiche, conducendo alla declaratoria da parte del collaudatore della non collaudabilità dell'impianto termico, ai sensi dell'art. 103, comma 2 del R.D. n. 350/1895.

L'inadempimento sarebbe stato ancor più grave per il fatto che neppure poteva collaudarsi la rete fognaria, nonché per la riscontrata presenza di vizi e difformità nell'opera eseguita.

L'impedimento del collaudo finale dovuto ad inadempimento contrattuale dell'appaltatore determinava necessariamente, ad avviso del Tribunale, la sospensione del pagamento della rata di saldo ed il trattenimento delle previste garanzie.

Del tutto irrilevante in questo quadro è risultata la circostanza dell'avvenuta presa in consegna anticipata dell'edificio da parte del committente e del suo utilizzo.

Nulla, infine, ha disposto il Tribunale in ordine alla riconvenzionale spiegata dalla difesa del Comune.

## **2. I limiti alla collaudabilità dell'opera:**

### **l'art. 102 del (previgente) reg. gen. lavori pubblici**

La fattispecie in esame impone di soffermarsi brevemente sul quadro normativo di riferimento dell'appalto de quo, rappresentato dalla disciplina regolamentare previgente a quella attualmente in essere nel comparto dei lavori pubblici.

In particolare, viene qui in rilievo essenzialmente quanto disposto in materia di collaudo dal r.d. 25 maggio 1895, n. 350 (Regolamento per la direzione, contabilità e collaudazione dei lavori che sono nelle attribuzioni del Ministero dei LL.PP.), con specifico riferimento, tra le previsioni interessate (artt. 91 e ss.), a quanto dispo-



sto dall'art. 102 ("Difetti e mancanze nell'esecuzione").

Riscontrandosi nella visita di collaudo "*difetti o mancanze riguardo all'esecuzione dei lavori*", detto regolamento generale distingueva tre casi, in relazione a presupposti ed effetti conseguenti (sostanzialmente confermati oggi dal vigente d.P.R. n. 554/99 e s.m.i., art. 197).

Un primo caso – il più grave, ma anche il meno frequente – è quello in cui i vizi riscontrati "*siano tali da rendere l'opera assolutamente inaccettabile*". In tale ipotesi (cd. *improbatio operis*) non si procede neppure all'emissione del certificato di collaudo ed il collaudatore farà le sue proposte all'amministrazione, la quale rifiuterà l'opera nel caso in cui concordi con il collaudatore sull'esistenza e gravità dei vizi<sup>1</sup>. Qui il rifiuto dell'opera costituisce un'*extrema ratio*: l'art. 102, lett. a) del r.d. n. 350/1895 lo prevede nel caso in cui l'opera venga giudicata "*assolutamente inaccettabile*", senza peraltro stabilire i criteri da adottare per definire l'opera "accettabile" o meno<sup>2</sup>.

Un secondo caso è caratterizzato dal fatto che i "*difetti e le mancanze siano di poca entità e riparabili in breve tempo*" (lett. b). Qui il collaudatore, a termini del successivo comma 2, prescrive in modo specifico i lavori di riparazione e completamento, assegnando un termine per il loro compimento e non si procederà al rilascio del certificato, finché l'Ingegnere capo<sup>3</sup> non abbia attestato "*che l'appaltatore abbia completamente e lodevolmente eseguiti i lavori prescrittigli*". L'appaltatore ha l'obbligo di procedere direttamente ai lavori occorrenti per l'eliminazione dei vizi, senza che ciò comporti il diritto per il medesimo di chiedere rimborsi di spese o compensi aggiuntivi.

Un terzo ed ultimo caso è quello nel quale i vizi non sono ritenuti pregiudizievoli alla stabilità dell'opera ed alla regolarità del servizio e si possano lasciare sussistere senza inconvenienti. In questa evenienza, il certificato viene emesso, ma dalla somma ivi determinata viene defalcato l'importo degli oneri da sostenersi per i riscontrati difetti.

Sembra a noi che il Tribunale, nel decidere la questione sottoposta al suo giudizio, abbia considerato proprio l'ipotesi prevista dalla lett. b) dell'art. 102, primo

1 L'attuale disciplina è contenuta nel combinato disposto degli artt. 197, comma 1 e 202 del d.P.R. 554/99 e s.m.i. L'art. 1668 del codice civile prevede la risoluzione del contratto nell'ipotesi in cui le difformità ed i vizi dell'opera siano tali da renderla "*del tutto inadatta alla sua destinazione*".

2 I criteri di valutazione in ordine alla destinazione dell'opera sono quelli elaborati dalla giurisprudenza (cfr. Cass. civ., 25 gennaio 2002, n. 886), riferiti alla destinazione tipica dell'opera – cioè dell'uso che ne fa la generalità degli utenti – od alla particolare destinazione impressa all'opera dalle parti contrattuali. Sulla scorta di tale indicazione, "*i provvedimenti da prendere quando non sia collaudabile*" (art. 100, lett. a e c del R.D. n. 350/1895) dovrebbero consistere nella previsione di una "destinazione" ed uso diversi da dare

all'opera, ove ciò sia possibile, ed in base alle caratteristiche della stessa. In tal caso, il collaudo avrà ad oggetto propria la "nuova" opera. Ciò spiega la difficile realizzabilità del rimedio nel settore degli appalti di opere pubbliche, in ragione dell'iter approvativo cui queste sono sottoposte ed i sistemi di controllo effettuati dall'Amministrazione.

3 L'attuale art. 197, comma 2 del d.P.R. 554/99 e s.m.i. pone l'attestazione di avvenuta regolare esecuzione dei lavori di completamento a carico del direttore dei lavori (con successiva conferma da parte del responsabile del procedimento), salva la facoltà per lo stesso collaudatore di procedere alla verifica. Segnala opportunamente le rilevanti novità in proposito Tassan Mazzocco, AA. VV., "Il regolamento della legge sui lavori pubblici", Milano, 2000, pag. 549

comma cit. (e ciò pur avendo l'attore prospettato l'esistenza di "vizi gravi e difformità" ostacolanti il collaudo, in tal modo riferendosi - erroneamente, date le diverse conseguenze previste dalla citata normativa a fronte di opera non collaudabile *tout court* - alla diversa ipotesi sub a).

Difatti, ad avviso del Giudicante, la collaudabilità dell'opera non sarebbe stata preclusa dai vizi riscontrati (tra cui, la mancata fornitura delle certificazioni sugli impianti), né tuttavia priva di conseguenze la loro permanenza (infatti, pur non risultando strettamente preclusivi alla stabilità dell'edificio, compromettevano notevolmente la regolarità del servizio ivi svolto).

Ne appariva invece la ragionevole possibilità di eliminazione in un arco di tempo adeguato, anche in relazione alla loro non relevantissima entità economica rispetto all'importo complessivo del contratto. Difatti, entro l'anno dall'ultimazione dei lavori, il collaudatore contestava analiticamente all'impresa esecutrice le carenze riscontrate, specificandole gli interventi occorrenti. Contestazione cui dopo oltre due anni la stessa impresa, pur fornendo rassicurazioni di segno contrario, non forniva alcun riscontro.

Tuttavia, non può pienamente condividersi la soluzione cui il Tribunale è pervenuto.

La fattispecie di cui alla lett. b) dell'art. 102, primo comma, del R.D. n. 350/1895 stabilisce infatti che qualora l'organo di collaudo accerti, nel corso della visita di collaudo, l'esistenza di difetti e mancanze "di poca entità e riparabili in breve tempo", esso può prescrivere all'appaltatore gli interventi da eseguire, assegnandogli un termine. Nell'eventualità - come nella specie si è verificato - in cui l'appaltatore rimanga inattivo, pur diffidato dall'Amministrazione ad eseguire entro un termine i lavori prescrittigli od a produrre certificazione necessaria all'effettuazione del collaudo, l'Amministrazione non potrebbe rimanere inerte: dovrebbe o provvedere d'ufficio ad eliminare i vizi e difetti dell'opera, od in alternativa porre nel nulla il contratto<sup>4</sup>.

Invece, nel caso che ci occupa, pur persistendo nel tempo un inadempimento dell'Impresa di cui l'Amministrazione aveva piena cognizione - come sembra trasparire dalla sentenza in commento - essa, nel corso degli anni, si limitava ad insistere con la richiesta di certificazione mancante ed eliminazione dei vizi riscontrati, senza mai attivarsi diversamente con i rimedi sopra rilevati.

La necessità, ai fini del collaudo, della richiesta certificazione tecnica relativa all'opera ed agli impianti rilasciata dagli organi competenti non costituisce dunque, a nostro avviso, valida giustificazione della sospensione illimitata nel tempo delle

---

<sup>4</sup> Peraltro, la giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., n. 169/1996) ha affermato che nelle ipotesi di vizi dell'opera ex art. 1668 c.c., l'interessato può chiedere, in alternativa od in aggiunta alla domanda di adempimento del contratto in forma specifica e di riduzione del prezzo o di risoluzione del contratto, il risarcimento anche del danno costituito dalle spese occorse per l'eliminazione dei vizi, senza alcuna

necessità di esperire previamente l'azione di condanna all'esecuzione specifica. L'accoglimento della domanda di risarcimento del danno avanzata dall'amministrazione ai sensi dell'art. 1668 c.c. per difetti dell'opera, non presupporrebbe, comunque, un'inadempimento dell'appaltatore di tale gravità da giustificare la risoluzione del contratto.

operazioni di collaudo (con il conseguente effetto del trattenimento delle garanzie ed il mancato pagamento della rata di saldo).

Certamente l'omessa produzione - da parte dell'Impresa - della predetta documentazione, finalizzata a verificare la rispondenza dell'edificio alla vigente normativa in materia di sicurezza e di igiene, può integrare inadempimento non lieve dell'appaltatore<sup>5</sup>. Non sembra però potersi accogliere la tesi sostenuta dal Comune e condivisa dal Tribunale di un rinvio *sine die*, in tale ipotesi, dell'emissione del certificato di collaudo e della sua approvazione, con le conseguenze sopra citate.

Il grave inadempimento dell'Impresa, piuttosto, avrebbe legittimato il Comune ad esercitare - come anticipato - l'azione di rescissione del contratto per colpa dell'appaltatore (art. 340 l. 2248/1865 all. f e art. 27 del R.D. n. 350/1895), con richiesta dei danni conseguenti, oppure disporre l'esecuzione di ufficio dei lavori (art. 341 Legge fondamentale ll. pp. e artt. 27 e 28 R.D. n. 350/1895). Nel primo caso, l'Amministrazione avrebbe potuto agire in giudizio per la risoluzione del contratto; nel secondo caso, previa messa in mora dell'Impresa con assegnazione ad essa di un termine non inferiore a dieci giorni per ottemperare alle prescrizioni impartite dal Comune, quest'ultimo avrebbe potuto eseguire d'ufficio i lavori o le formalità occorrenti, eseguendo i lavori in economia ovvero mediante nuovo appalto da stipularsi in seguito ad asta pubblica o licitazione privata o trattativa privata (art. 30 R.D. 350/1895). La maggiore spesa occorrente in tali ipotesi sarebbe stata naturalmente posta a carico dell'appaltatore.

Dunque, a fronte delle responsabilità che gravano sull'appaltatore nel periodo intercorrente tra ultimazione dei lavori ed il suo collaudo (mancata estinzione delle garanzie, mancato pagamento della rata di saldo e relativi interessi), non potrebbe ritenersi legittimo il comportamento dell'Amministrazione che si rifiuti di collaudare l'opera adducendo l'esistenza di vizi, ma senza attivarsi nel modo sopra evidenziato - dopo aver preso atto dell'inerzia dell'appaltatore - per la loro eliminazione, con la possibilità di effettuare finalmente il collaudo dell'opera. In tale condotta non potrebbe che ravvisarsi una violazione della buona fede contrattuale nell'esecuzione del rapporto obbligatorio (art. 1375 c.c.), che impone, come noto, di non aggravare oltre ogni ragionevole sacrificio la posizione del debitore frapponendo ostacoli od impedimenti all'adempimento dei suoi obblighi negoziali (cd. dovere di protezione<sup>6</sup>)

Coerentemente, in alcune sentenze della Corte di Cassazione (13 febbraio 2002, n. 2069, 5 giugno 2001, n. 7596) si trova affermato che il fatto imputabile

5 Non sarà ultroneo rammentare che attualmente il collaudo ha uno spettro di azione tendenzialmente onnicomprensivo di ogni verifica tesa ad accertare la piena corrispondenza dell'opera alle regole dell'arte ed ai patti contrattuali (art. 187, comma 1 del d.P.R. 554/99 e s.m.i.: "il collaudo comprende altresì tutte le verifiche tecniche previste dalle leggi di settore").

6 Sulla buona fede come criterio fondamentale di determinazione della prestazione del debitore e sui doveri da esso discendenti in dottrina cfr. Bianca, Diritto civile, vol. IV, "L'obbligazione", 86 e ss.; Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 1965, 162; Breccia, Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, Milano, 1968, 17.

all'impresa – il quale, a termini dell'art. 5 l. n. 741/1981<sup>7</sup>, impedisce l'estinzione delle garanzie, conseguente altrimenti *ipso iure* all'omissione, ma anche al semplice ritardo del collaudo – deve consistere in un evento comunque riferibile all'impresa, che impedisca od ostacoli lo svolgimento delle operazioni di collaudo nel termine di legge; come tale esso non può consistere in non meglio specificate “inadempienze contrattuali”, od in un vizio dell'opera riscontrato in sede di collaudo tardivo, attenendo siffatte inadempienze al diverso - e successivo - profilo della responsabilità dell'appaltatore per l'incompleta o difettosa esecuzione dell'opera o comunque per possibili inadempienze contrattuali, ipotesi espressamente fatte salve dal medesimo art. 5 l. 741, citato.

La sentenza in commento richiede un ulteriore approfondimento anche sotto un diverso profilo.

L'intimazione rivolta all'appaltatore a procedere a sue spese, entro un termine stabilito, all'esecuzione dei lavori correttivi fa comunque salvo il diritto al risarcimento del danno prodotto per la cattiva esecuzione ed i ritardi patiti e la necessità di riprocedere ad un nuovo, stavolta definitivo, collaudo (finalizzato, cioè, a verificare in maniera definitiva l'avvenuta ultimazione dell'opera).

Viene allora da chiedersi perché il Tribunale non abbia inteso accertare se effettivamente vi sia stato l'adeguamento da parte dell'Impresa alle prescrizioni impartite e, per l'effetto, determinare il danno (d'altronde, puntualmente richiesto dal Comune in sede riconvenzionale) subito dall'amministrazione committente per aver conseguito la disponibilità di un bene con - e non più lievi - criticità strutturali e funzionali.

Una volta accertato l'eventuale inadempimento dell'impresa ed il mancato collaudo per fatto e colpa dell'appaltatore, il Tribunale avrebbe dovuto pronunciarsi sulla domanda riconvenzionale di risarcimento dei danni proposta dal Comune.

In questa prospettiva, dunque, appare lacunosa la pronuncia in esame anche per non aver nulla statuito sulle conseguenze patrimoniali del perdurante inadempimento dell'appaltatore.

### **3. Presa in consegna anticipata dell'opera ed effetti sul collaudo**

Assai correttamente il Tribunale non fa scaturire dalla presa in consegna anticipata del bene alcuna vincolante determinazione, anche solo implicita, in ordine all'accettazione dell'opera: utilizzare un bene ad ultimazione avvenuta non equivale a positivo collaudo della stessa. Principio questo in passato ampiamente desumi-

---

<sup>7</sup> La previsione escludeva dall'automatico svincolo della cauzione definitiva e delle altre garanzie fideiussorie per mancata emissione del certificato di collaudo nei termini ivi previsti, la circostanza che il ritardo discenda da “fatto imputabile all'impresa”. Stante tale previsione, il decorso infruttuoso del termine entro cui procedere al collaudo (sei mesi, prolungabili sino ad un anno per particolare complessità dell'opera, oltre due mesi per l'approvazione del certificato) determinava anche la

necessità di procedere alla liquidazione del saldo: disponeva infatti l'art. 33, ultimo comma del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 (previgente Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici) che sulle somme ritenute dall'amministrazione, la stessa “*ha gli stessi diritti che ad essa competono sulla cauzione*”; l'art. 104, lett. c del reg. gen. 1895 prevedeva inoltre che solo all'emissione del certificato di collaudo ed alla sua approvazione caturisca il pagamento del saldo.

bile dalla normazione vigente e puntualizzato dalla giurisprudenza<sup>8</sup>, oggi cristallizzato dal Regolamento generale di attuazione della Legge quadro (art 200, ult. comma<sup>9</sup>).

Nella specie, però, il principio secondo cui i termini di prescrizione e decadenza previsti dall'art. 1667 c.c. per far valere vizi e difformità dell'opera decorrono dall'approvazione del collaudo (a nulla rilevando l'eventuale presa in consegna anticipata della stessa e dunque il suo "prematurato" utilizzo) si rivela qui penalizzante per l'impresa, a fronte dell'ingiustificata inerzia della p.a...

In particolare, detto principio - certamente fondato nel comparto dei lavori pubblici - aggrava oltremodo la posizione dell'appaltatore (già particolarmente onerato dagli obblighi di manutenzione dell'opera<sup>10</sup>) allorquando - come nella specie - il collaudo venga sospeso *sine die* non solo per negligente comportamento dell'impresa, ma anche per fatto stesso dell'Amministrazione.

Infatti, in tale circostanza, il comportamento della p.a. andrebbe ad incidere sull'entità del danno conseguente all'inadempimento dell'appaltatore, ai sensi dell'art. 1227 c.c..

Ciò appare ancor più evidente quando - come per l'appunto qui verificatosi - l'opera viene presa in consegna dalla committenza dopo l'ultimazione dei lavori con l'obbligo di custodia a carico della medesima (salvo diversa disposizione del capitolato speciale d'appalto, qui non ricorrente). In tale evenienza, infatti, l'appaltatore, dopo aver realizzato l'opera (pur viziata) non ha più la possibilità fisica di "controllarla", essendo la stessa passata nella sfera materiale del committente.

Ebbene, ove venga accertato che i vizi riscontrati nell'opera, ed i conseguenti danni, siano direttamente od indirettamente causati (anche) dalla negligenza del Comune nella custodia o comunque dalla violazione del dovere di non aggravare l'esecuzione della prestazione di controparte, l'entità del risarcimento dovuto dall'appaltatore andrebbe diminuito in proporzione della colpa dell'Amministrazione nella causazione del danno.

Avv. Aldo AREDDU  
Avv. Barbara PANNUTI

---

9 Che così reca: "la presa in consegna anticipata non incide sul giudizio definitivo sul lavoro e su tutte le questioni che possano insorgere al riguardo, e sulle eventuali e conseguenti responsabilità dell'appaltatore". Nel senso che laddove nell'appalto privato il collaudo può anche avvenire in modo implicito (art. 1665, terzo comma c.c.), nell'appalto pubblico la procedura di collaudo è un atto necessariamente formale Alibrandi, in Marzano "Appalto di opere pubbliche", Roma, 1987, 351. Sui profili attinenti al collaudo, specie con riferimento alle novità introdotte rispetto al regolamento precedente dal d.P.R. 554/99. ci permettiamo rinviare ad AA. VV. (a cura di A. Reddu), "La gestione amministrativa e contabile degli appalti di lavori pubblici", Roma, 2001, pagg. 117 e seguenti

10 L'aggravamento della condizione dell'appaltatore di fronte ad un comportamento inerte della p.a. che procrastini illimitatamente le operazioni di collaudo è particolarmente incisivo in un comparto normativo in cui in capo all'appaltatore permangono comunque, nelle more del collaudo, gli oneri e le responsabilità connesse al perdurante possesso dell'opera: essenzialmente gli oneri di manutenzione ed i lavori di riparazione dei danni che l'opera potrebbe subire nel periodo intercorrente tra la sua ultimazione ed il collaudo, ai sensi dell'art. 16 d.P.R. n. 1063 del 1962: Cfr. in dottrina sul punto, Cianflone-Giovannini, "L'appalto di opere pubbliche", Milano, 1993, 781 e ss.; Mazzone e Loria, "Manuale di diritto dei lavori pubblici", Roma, 2005, pagg. 675 e ss.; in argomento anche Cass.civ., 21 dicembre 2000, n. 16062

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
N. REG. SENT. N.13237/97 E 15632/98 REG. GEN.  
ANNO 1997 E 1998  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO,  
SEZIONE SECONDA BIS**

**sentenza**

sul ricorsi nn. 13237/97 e 15632/98 R.G. proposti da Lucarelli Marco , rappresentato e difeso dagli avv.ti Mosillo S. e Abate F. e ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, alla Via Ortigara n. 10;

**contro**

- ◆ Comune di Marino, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. V. Gerardi e presso lo stesso dom.to in viale del lavoro 31 Ciampino;
- ◆ nel ricorso n. 13237/97:

**per l'accertamento**

del diritto ad essere assunto quale vincitore, derivante dalla graduatoria affissa all'albo pretorio del Comune dal 28.3.1997 al 4.4.1997, del concorso pubblico per titoli ed esami, per la copertura di n. 1 posto di funzionario direttivo P.M. VIII q.f. dell'area vigilanza, indetto con bando di concorso pubblicato sulle G.U. – parte II n. BC del 31.5.1996 (commerciale) ed affisso all'albo pretorio dal 31.5.1996 al 30.6.1996;

**e per l'annullamento**

della nota prot. RRR – 17480 del 18.9.1997 del Sindaco di Marino , con cui era disposta , in seguito alla diffida del 5.8.1997, di formalizzazione del rigetto all'istanza di parte ricorrente;

- ◆ nel ricorso n. 15632/98 :

**per l'annullamento**

della deliberazione della G.M. del Comune di Marino n. 75 del 7.4.1998, con cui era adottato un nuovo assetto organizzativo , che non prevede, nell'area di vigilanza la figura del funzionario direttivo;

della delibera della G.M. n. 138 del 18.6.1998, con cui era revocato il concorso pubblico per titoli ed esami di cui al precedente ricorso;

nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune;

Visti gli atti tutti di causa;

Designato relatore alla pubblica udienza del 14.4.2005 il Primo Ref. Solveig Cogliani, ed uditi gli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio;

**fatto**

Con il primo ricorso l'istante esponeva di aver partecipato al concorso bandito dal Comune di Marino ed in epigrafe indicato, collocandosi primo in graduatoria. Tuttavia, all'espletamento delle prove ed alla graduatoria non faceva seguito l'assunzione da parte dell'amministrazione.

Pertanto, il ricorrente deduceva il vizio di eccesso di potere nelle figure sintomatiche della contraddittorietà manifesta, dell'irragionevolezza dell'azione amministrativa e della carenza di interesse pubblico, nonché dell'ingiustizia manifesta.

**Si costituiva l'amministrazione, chiedendo il rigetto della domanda.**

Nel corso del giudizio il Comune di Marino, in ottemperanza all'ordinanza del Tribunale emessa nella camera di consiglio del 4.12.1997, che aveva ritenuto insufficientemente motivata la nota sindacale impugnata, concludeva il procedimento concorsuale, revocando il concorso medesimo, con la delibera n. 138 del 18.5.1998, in virtù del fatto che il posto VIII q.f., nell'area di vigilanza non era più prevista nella nuova pianta organica adottata con delibera di G.M. n. 75 del 7.4.98.

Pertanto, il ricorrente censurava anche tali determinazioni, deducendo la violazione e la falsa applicazione della l. reg. Lazio n. 20 del 24.2.1990, nonché del Regolamento dei vigili urbani vigente nel Comune di Marino ed ulteriormente, il vizio di eccesso di potere nelle figure sintomatiche della contraddittorietà manifesta, dell'ingiustizia manifesta, dell'irragionevolezza, della carenza di pubblico interesse, dell'insufficienza istruttoria e dell'insufficiente ed incongrua motivazione.

Osservava che la delibera posta a fondamento dell'annullamento della procedura concorsuale si palesava illegittima nel non prevedere il posto di funzionario direttivo P.M. VIII q.f., sia in relazione alla l. reg. n. 20 del 1990 (art. 9 comma 2°) che del Regolamento dei vigili urbani attuativo (art. 30).

Ulteriormente deduceva, che il vincitore di un concorso pubblico non può essere considerato alla stregua di un cittadino qualsiasi a fronte della modifica della pianta organica, che vada ad incidere sulle posizioni messe a concorso, essendo titolare di una posizione di legittima aspettativa alla instaurazione de rapporto.

L'illegittimità della delibera di modifica della pianta organica si ripercuoterebbero sulla delibera di annullamento della procedura concorsuale.

Anche in tale giudizio si costituiva l'amministrazione, chiedendo il rigetto della domanda ed insistendo per la legittimità del suo operato.

All'udienza di discussione la causa era trattenuta in decisione.

**diritto**

1. I ricorsi debbono essere riuniti per ragioni di economia processuale, sulla base della connessione oggettiva e soggettiva e dei motivi di censura.

2. Preliminarmente deve trovare esame, dal punto di vista logico il secondo dei ricorsi instaurati, poiché dalla legittimità o meno del provvedimento impu-



gnato, inerente il nuovo assetto organizzativo dell'ente e della conseguente deliberazione della G.M., con cui era revocato il concorso pubblico in oggetto, deriva il permanere dell'interesse al primo dei giudizi.

## Il ricorso è infondato

Osserva il Collegio che dagli atti di causa emerge che l'amministrazione, con le delibere nn. 543 del 29.12.1997 e 138 del 18.6.1998, motivava idoneamente le ragioni che avevano portato alla revoca del concorso. Infatti, nella prima delibera esponeva che, in ottemperanza alle disposizioni di cui all'art. 30, dlgs. N. 29 del 1993, dell'art. 22 commi 15 e 17 della l. n. 724 del 1994 e del d.l. n. 28 del 1996, aveva iniziato a ridefinire gli uffici e le postazioni organiche del personale, ai fini di una razionalizzazione delle risorse, come voluto dalla riforma del settore pubblico. Cosicché, con la delibera G.M. n. 269 dell'11.11.1996 aveva affidato alla CIRDAL (Centro iniziative ricerche documentazioni autonomie locali Lazio) lo studio e l'acquisizione dei dati relativi all'organizzazione degli uffici ed alla rilevazione ed analisi dei carichi di lavoro. Conseguentemente la CIRDAL aveva predisposto un nuovo assetto organizzativo ed aveva rideterminato la dotazione organica ai sensi di quanto disposto dalla l. n. 127 del 1997. Orbene, con riferimento all'area vigilanza del territorio, non erano più previsti i posti di VIII qualifica funzionale: con la delibera n. 75 in esame, era approvato, dunque il nuovo assetto organizzativo, in cui non compariva più il posto di VIII q.f..

Va rilevato che l'art. 9 della l. reg. Lazio n. 20 del 1990, richiamato dal ricorrente, si limita ad indicare l'articolazione delle qualifiche attribuibili al personale del corpo di polizia locale, addetto al coordinamento ed al controllo (funzionario direttivo, istruttore direttivo e istruttore di vigilanza). Per il resto, specifica che le qualifiche funzionali del personale addetto ai servizi di polizia sono stabilite dagli enti locali nel rispetto degli accordi con le parti sociali.

Altresì, dispone la legge regionale che *“Le funzioni di polizia locale...sono esercitate dagli enti locali mediante strutture organizzative costituite secondo le esigenze di efficienza e di economicità”* (art. 2 comma 1°) e la struttura e l'organico saranno definiti in ragione del numero e della distribuzione degli abitanti nel territorio ed all'articolazione del territorio stesso (art. 4). Ancora l'art. 2 comma 4 dispone che *“Le norme di funzionamento dei Corpi di polizia locale saranno stabilite con regolamenti approvati dagli enti interessati”*.

Rientra, dunque, specificamente nella potestà regolamentare dell'ente, in ragione di un' esame delle esigenze territoriali e organizzative ed in armonia con gli accordi con le parti sociali, intervenire sulla dotazione organica della polizia municipale, individuando le qualifiche funzionali in concreto corrispondenti alle proprie esigenze.

Peraltro, l'art. 30 del d.lgs. n. 29 del 1993 (solo successivamente abrogato dal d.lgs. n. 80 del 31.3.1998) che *“1. Le amministrazioni pubbliche individuano i propri uffici e, previa informazione alle rappresentanze sindacali...definiscono le relative piante organiche....”*



2. Per la ridefinizione degli uffici e delle piante organiche si procede periodicamente, e comunque a scadenza triennale...”.

Legittimamente, pertanto, l'amministrazione comunale operava, a seguito della riforma di cui al d.lg. n. 29 del 1993 e dei principi di razionale distribuzione delle risorse e di economicità in essa contenuti, un riesame della dotazione organica sulla base dello studio acquisito da parte del centro specializzato ed adottava la nuova determinazione regolamentare impugnata.

Né può ritenersi vincolante la precedente configurazione contenuta in una fonte di pari grado.

Peraltro, il ricorrente non ha svolto censure specifiche in ordine alla razionalità delle scelte operate dall'amministrazione in ordine alla configurazione della dotazione organica del personale.

Va precisato, peraltro che la giurisprudenza è costante nel negare la sussistenza di una posizione differenziata e tutelabile di chi abbia partecipato ad un concorso pubblico in relazione al posto messo a concorso.

Infatti *“Il concorrente classificato al primo posto della graduatoria concorsuale non vanta una posizione di diritto soggettivo alla nomina, bensì solo un’aspettativa ad essa, avendo la p.a. il potere di non procedere alla nomina (o all’assunzione in servizio) tutte le volte che sia venuta meno la necessità o la convenienza della copertura del posto messo a concorso, o l’assunzione stessa sia inibita da una norma sopravvenuta o in generale da un “factum principis”, con il solo limite della presenza di valide e motivate ragioni di pubblico interesse.”* (ex multis T.A.R. Abruzzo Pescara, 28 agosto 2003, n. 779).

Nella specie risulta idoneamente motivata la scelta effettuata dall'amministrazione comunale. Il ricorso pertanto deve essere respinto.

3. Conseguentemente, deve dichiararsi improcedibile il primo dei ricorsi instaurati, sulla base della considerazione, che una volta annullata la procedura concorsuale, viene meno il presupposto fattuale su cui si fondano le pretese di parte ricorrente.

In considerazione della complessità della vicenda esaminata sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda bis, dichiara improcedibile il ricorso n. 13237/97 e respinge il ricorso 15632/98. Spese compensate.

**Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla Autorità Amministrativa.**

Così deciso in Roma il 14.4.2005, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori magistrati:

- ◆ Patrizio Giulia, Presidente
- ◆ Francesco Giordano, Consigliere
- ◆ Solveig Cogliani, Primo Referendario Estensore

La tutela del vincitore di pubblico concorso tra specialità del rapporto di pubblico impiego e potere di autotutela della Pubblica Amministrazione.

1. Il TAR del Lazio affronta in tale decisione la problematica relativa alla qualificazione giuridica della situazione soggettiva vantata dal vincitore di pubblico concorso.

Si tratta, indubbiamente, di questione particolarmente rilevante, sia da un punto di vista meramente pratico (vista l'indubbia rilevanza che, almeno per l'aspetto numerico, assume la disciplina dei rapporti- anche costituendi- di pubblico impiego), che, nello specifico, da quello di vista dottrinale.

Infatti, la sentenza consente di approfondire una serie di tematiche particolarmente interessanti, costituite, per l'esattezza: dal rapporto tra concorso ed assunzione nell'ambito dei rapporti di pubblico impiego contrattualizzato<sup>1</sup>; dall'autotutela della Pubblica Amministrazione in ordine alle esigenze di salvaguardia dei terzi; dai poteri della stessa con riferimento alla revoca dei bandi concorsuali finalizzati all'instaurazione di rapporti contrattuali; ed, infine, dalla ammissibilità, in via generale, di una responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione.

La tematica è affrontata con riferimento alla vicenda di un vincitore di un concorso, bandito da un Comune sito in Provincia di Roma, finalizzato all'assunzione di un funzionario destinato a svolgere attività direttive nel corpo di polizia municipale.

Successivamente al regolare espletamento, nonché alla proficua conclusione dell'iter concorsuale, il Comune aveva, però, ritenuto di non dover provvedere alla effettiva assunzione dell'interessato ma, anzi, di revocare il bando concorsuale relativo, per la decisiva ragione che, a seguito di un riassetto organizzativo, lo stesso aveva iniziato a ridefinire il disegno complessivo degli uffici nonché delle proprie dotazioni organiche, al fine di un miglioramento complessivo delle proprie strutture organizzative ed in ottemperanza alla facoltà di auto-organizzazione delle Pubbliche Amministrazioni riconosciuta dalle disposizioni di cui all'art. 30, comma 1 del Dlgs 29/1993<sup>2</sup>, abolendo la qualifica funzionale messa a concorso.

Il Tribunale Amministrativo Regionale competente si è trovato, pertanto,

1 Sulla riforma del pubblico impiego in generale cfr ALLEVA- ALESSIO- D'ANTONA (a cura di), *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1995; CARINGELLA- MARINO, *La riforma del pubblico impiego. Verso la privatizzazione*, Napoli, 2005; CLARICH- ILARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1994; VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 1995; RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in AAVV, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Milano, 1997.

2 Tale disposizione (rubricata come " *Individuazione di uffici e piante organiche: gestione delle risorse umane*") ed abrogata dall'art. 43 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, recitava " *Le amministrazioni pubbliche individuano i propri uffici e, previa informazione alle rappresentanze sindacali di cui all'art. 45, comma 8, definiscono le relative piante organiche, in funzione delle finalità indicate all'art. 1, comma 1, e sulla base dei criteri di cui all'art. 5. Esse curano la ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale*".

a dover decidere sul ricorso proposto dal privato, che, nella difesa prospettata innanzi l'autorità giudiziaria, invocava, a proprio favore, la sussistenza di un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione, sostenendo l'impossibilità, per la stessa Amministrazione procedente, di incidere su tale posizione soggettiva, ormai definitivamente consolidatasi a seguito dell'esito positivo del concorso.

2. Ai fini di una migliore comprensione della problematica in questione, giova ricordare che l'art. 63 del Dlgs 165 del 2001 (Testo Unico sul Pubblico Impiego) prevede la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie attinenti "*le procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*", ferma restando, nello stesso tempo, la generale attribuzione alla giurisdizione (che, in sostanza, è ritenuta di carattere non solo pieno, ma anche esclusivo) del giudice ordinario<sup>3</sup> delle controversie concernenti il pubblico impiego. Per la precisione, deve essere ulteriormente rilevato che qualche interrogativo sulla sussistenza della giurisdizione può essere posto sulla base della previsione normativa che attrae, invece, alla cognizione del giudice ordinario la globalità delle controversie "attinenti all'assunzione"<sup>4</sup>. L'apparente antinomia tra le suddette previsioni può essere, con un certo sforzo interpretativo, superato sulla base di una ricostruzione complessiva del rapporto sussistente, nell'ambito del pubblico impiego, tra procedura concorsuale e definizione della posizione lavorativa nell'ambito dello svolgimento del rapporto di lavoro. Come autorevolmente osservato, ne residua un sistema giustamente definito "scanzone"<sup>5</sup> che distingue, nell'ambito dello stesso rapporto, tra attività, indubbiamente di carattere procedimentale, finalizzata alla selezione concorsuale, e svolgimento del rapporto per cui, salvo le eccezioni espressamente individuate dalla normativa, opera la devoluzione alle controversie a favore del giudice ordinario, sia pure con una distinzione di carattere meramente tendenziale, con conseguente problematicità delle fattispecie in cui una caducazione di atto inerente alla procedura concorsuale determini la cessazione del rapporto: è infatti espressamente contemplato, come si avrà modo di precisare, il potere disapplicativo diretto del giudice ordinario.

E' importante osservare, al riguardo, che mentre la Corte Costituzionale ha dichiarato la sostanziale indifferenza della Costituzione per la scelta del

3 Cfr sulle problematiche in tema di riparto di giurisdizione poste dalla disciplina del pubblico impiego a partire dal 1993 ALBENZIO, *La tutela giurisdizionale. La nuova disciplina sulla giurisdizione nelle controversie di pubblico impiego*, in *Foro Italiano*, 1995, IV, c.50; VILLATA, *Prime considerazioni in tema di "privatizzazione" del pubblico impiego e tutela giurisdizionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, p.399.

4 Cfr altresì la recente (e criticata) SSUU, sentenza 10 giugno 2004, n.11019, in *Foro Italiano*, 2005, c. 478,

sul controverso tema della sussistenza, o meno, di una giustiziabilità innanzi alle giurisdizioni statuali dei procedimenti propedeutici all'assunzione nell'ambito dei rami del Parlamento (tale pronuncia risolve la questione in senso negativo). Cfr in dottrina BASILICA, *Il punto delle Sezioni Unite sulla c.d. giurisdizione "domestica" del Senato*, in *Giustizia Civile*, 2003, I, p. 2430.

5 FOLLIERI, *Riforma del pubblico impiego e problemi di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1997, p. 480.

modello (privatistico o pubblicistico) da adottare, la disposizione costituzionale di cui all'art. 97 rende impensabile l'obliterazione del profilo pubblicistico nell'ambito della procedura concorsuale, come giustamente tenuto in considerazione dalla normativa primaria.

Il problema si pone, in particolare, a seguito della riforma del pubblico impiego che ha fatto perdere rilievo alla sussistenza di un atto autoritativo, ai fini della configurabilità della valida instaurazione del rapporto di impiego, pur se tale requisito era stato, sostanzialmente, svalutato da un orientamento evolutivo della giurisprudenza<sup>6</sup>.

In effetti, deve essere rilevato che la "contrattualizzazione"<sup>7</sup> dei rapporti di pubblico impiego non ha fatto venir meno, a dire della dottrina e della giurisprudenza<sup>8</sup>, l'interferenza di profili di carattere pubblicistico, per la decisiva circostanza che, a differenza del datore di lavoro privato, la Pubblica Amministrazione è tenuta al rispetto di una serie di vincoli, anche di rango costituzionale (si pensi al principio di *par condicio* e di uguaglianza nella procedura prodromica all'assunzione, nonché della rilevanza del pubblico interesse in sede di bando concorsuale, con conseguenti riflessi in tema di spettanza giurisdizionale)<sup>9</sup>.

Ne deriva<sup>10</sup> un sistema, per l'appunto, duale, in quanto, mentre con riferimento alla giurisdizione del giudice ordinario rileva la ricomprensione della controversia nell'ambito della materia del pubblico impiego, sono devolute al giudice amministrativo i ricorsi del privato avverso i provvedimenti idonei all'insorgenza, per il cittadino, di un interesse legittimo: resta ferma, però, per il giudice ordinario, la possibilità di procedere alla disapplicazione dell'atto, pur se immediatamente lesivo, in base alla considerazione che ciò che viene ad essere oggetto della controversia non è tanto il provvedimento in quanto tale, quanto il comportamento della pubblica amministrazione che si concreta (si pensi alla istituzione o soppressione di uffici) in un atto paritetico di gestione del rapporto.

La soluzione tendenziale adottata dalla giurisprudenza della Cassazione può, comunque, sintetizzarsi nella precisazione che deve ritenersi devoluta alla

---

6 Cfr Ad. Plen., decisioni 29 febbraio 1992, nn.1 e 2 e 5 marzo 1992, n. 5, in Foro Italiano, 1992, III, c.435, e 1993, III, c. 30, con nota di commento di CASSESE, "Un nuovo orientamento del giudice amministrativo sul pubblico impiego".

7 La dottrina più autorevole utilizza, correntemente, il termine "contrattualizzazione", in luogo del più diffuso "privatizzazione", in quanto, in effetti, si deve riscontrare la permanenza di spiccati profili di rilevanza pubblicistica, sicché non si può parlare, *tout court*, di privatizzazione di un rapporto giuridico in cui i lavoratori dipendenti restano soggetti ad una serie di disposizioni di carattere inderogabile (si pensi agli aspetti attinenti al rinnovo dei contratti, ai codici deontologici, etc.) Cfr al riguardo CASSESE, *Per*

*un'autentica contrattualizzazione del lavoro con le amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 790.

8 Cfr al riguardo SSUU, ordinanza 6 febbraio 2003, n.1807, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, II, p.307 con nota di LUNARDON, *Specialità del rapporto di lavoro e giurisdizione del giudice ordinario*.

9 Sul punto cfr PARISIO, *Privatizzazione del pubblico impiego e questioni di giurisdizione*, in *Giustizia Civile*, 1997, III, p.435.

10 STEVANATO, *La privatizzazione del pubblico impiego e le questioni di giurisdizione*, in *Foro Amministrativo*, 1996, p. 2790.

cognizione del giudice ordinario la globalità delle controversie in tema di pubblico impiego con l'eccezione, nello specifico, di quelle attinenti in senso stretto a procedure concorsuali<sup>11</sup>.

3. Altra questione particolarmente rilevante concerne la possibilità, per la Pubblica Amministrazione che abbia regolarmente proceduto alla conclusione dell'iter concorsuale, di incidere sull'esito della stessa con provvedimenti che, a cagione dell'interferenza con un pubblico interesse connesso alla stipulazione del contratto sottostante, ne possano determinare la caducazione.

E', infatti, del tutto evidente che la tendenziale equiparazione ai rapporti interprivatistici operata dal legislatore ordinario ha carattere solamente parziale, non difettando, neanche nella nuova disciplina, i profili di carattere pubblicistico imposti dalla natura dell'impiego anche nei suoi connotati di rilevanza costituzionale.

Al riguardo, deve essere precisato che il problema che qui si affronta non è tanto quello, annoso, dell'incidenza dei vizi del procedimento amministrativo prepedeutico alla conclusione di un contratto sul negozio giuridico effettivamente instauratosi, quanto quello di eventuali profili di illiceità del comportamento della Pubblica amministrazione che provveda al ritiro, in sede di autotutela, di atti influenti sulla sequenza procedimentale in questione.

E' del tutto evidente, in effetti, che un problema di responsabilità della Pubblica Amministrazione può, senza dubbio, porsi nell'ipotesi in cui la stessa non abbia agito in ottemperanza a disposizioni normative e situazioni fattuali che giustificano l'adozione del provvedimento in questione e, quindi, abbia provveduto con atto da ritenersi illegittimo; ma può, altresì, presentarsi qualora l'operato della Pubblica Amministrazione sia, formalmente, perfettamente legittimo, sotto il profilo pubblicistico, ma qualora debba essere valutata la considerazione in cui la stessa abbia tenuto l'affidamento del privato (e qui il riferimento alla normativa civilistica appare, senza dubbio, ineludibile).

In altre parole, ciò che deve essere approfondito è non solo l'interrogativo se, nel caso in questione, il citato Comune abbia agito nell'ambito di un legittimo esercizio del proprio potere autoritativo ma, soprattutto, la verifica se, e come,

11 L'applicazione di tale criterio ha portato a delimitare con esattezza i confini delle selezioni classificabili come procedure concorsuali da quelle che, invece, non possono essere attratte in tale nozione. Ad esempio, cfr al riguardo le problematiche conseguenti al dibattito sulla attribuzione al giudice ordinario ovvero a quello amministrativo delle controversie in tema di concorsi interni, risolto nel senso della spettanza al giudice amministrativo sia dalla Corte di Cassazione, a Sezioni Unite (sentenza 15 ottobre 2003, n.15403, in *Foro Amministrativo - Consiglio di Stato*, 2003, p. 2868 con nota di LASALVIA e SCHLITZER, *Il revirement della Cassazione sul riparto di giurisdizione in tema di concorsi interni dei dipendenti pubblici*), nonché, sull'abbrivio di tale decisione, dal Consiglio di

Stato, con sentenza della VI sezione del 7 giugno 2004, n.3542, *ibidem*, p.1630.

Il problema si è posto, altresì, per altre controversie, pur se prodromiche all'assunzione in servizio, ma non qualificabili quali procedure concorsuali, cfr SSUU, sentenza 16 marzo 1999, n. 142, in *Foro Italiano*, 1999, c. 2257 (con riferimento alle controversie sui soggetti iscritti alle liste dell'ufficio di collocamento).

La stessa distinzione è stata effettuata con riferimento al conferimento degli incarichi dirigenziali, ormai pacificamente ritenute di spettanza dell'autorità giudiziaria ordinaria non potendo essere le stesse equiparate a procedure concorsuali. Cfr sul punto SSUU, ordinanza del 24 settembre 2002 n. 13918, in *Foro Italiano*, 2003, I, c. 316.

il TAR potesse dare una diversa soluzione al ricorso del privato o, comunque, fornire una diversa e più ampia tutela allo stesso; ciò in presenza di una situazione in cui (seppure di fronte ad una formale legittimità dell'atto adottato dall'amministrazione precedente) quel senso di equità che non può ritenersi estraneo alla *forma mentis* di qualsiasi giurista imporrebbe, ad ogni modo, un equo contemperamento tra le pur giuste ragioni di interesse pubblico sottese alla decisione e la tutela della posizione soggettive di un privato comunque (nonostante quanto statuito dal Tribunale Amministrativo Regionale) non agevolmente inquadrabili nell'ambito della mera aspettativa.

Si deve precisare che i pochi precedenti giurisprudenziali<sup>12</sup> sono soliti distinguere in base alla natura dei poteri esercitati dall'amministrazione precedente, a seconda che, in sostanza, la Pubblica Amministrazione abbia esercitato attività di carattere discrezionale, ovvero meramente ricognitivo di una norma giuridica.

Tale soluzione, peraltro, determina la necessità di valutare la spettanza all'una o all'altra giurisdizione in virtù non tanto della situazione giuridica concretamente esistente, ma di quella azionata dal privato. Di conseguenza, va precisato che nella fattispecie oggetto del presente commento non è posta tanto in discussione la sussistenza, in astratto, di una situazione di diritto soggettivo, quanto la circostanza che, essendo il ricorso proposto contro l'atto di revoca lamentato come illegittimo, sarebbe pur sempre riconosciuta la possibile "degradazione" del diritto fatto valere a interesse legittimo<sup>13</sup>.

4. Con riferimento alla trattazione analitica delle problematiche sottese al presente commento, giova ricordare che il provvedimento di revoca, nell'ambito della teoria generale dei provvedimenti amministrativi "di secondo grado", costituisce un'importante estrinsecazione del principio di continuità dell'amministra-

12 Cfr TAR Sardegna, sentenza del 26 novembre 2002, n. 1698, in TAR, 2003, I, p. 516 sul caso di ricorso avverso la determinazione dell'amministrazione precedente di non procedere all'assunzione del vincitore adducendo l'esistenza di un divieto di assunzioni comminato a mezzo di normativa primaria. Per contro, SSUU, 29 settembre 2003, n. 14529, ha ritenuto sussistere la giurisdizione ordinaria con riferimento alla domanda del candidato, il quale, a seguito della decisione dell'amministrazione di coprire un posto rimasto scoperto, pretendeva di stipulare il contratto di lavoro, vantando una posizione utile nella graduatoria già approvata nonché il possesso dei requisiti stabiliti dal bando per fruire di una riserva di posti, affermando, in via incidentale, che "per i rapporti sottratti all'area del contratto e tuttora assegnati al regime di diritto pubblico, il vincitore di concorso non può essere considerato titolare di un diritto soggettivo all'emanazione del provvedimento unilaterale di nomina (sia perché rientra nella più ampia discrezionalità amministrativa la determinazione del momento più opportuno per l'inserimento tra il personale in attività di servizio, sia perché non è, in

*ogni caso, configurabile una posizione di diritto soggettivo di fronte al potere provvedimentale), al contrario, per i lavoratori con i quali il rapporto di impiego si costituisce mediante contratto e non in virtù di atto unilaterale di nomina, deve riconoscersi il grado di protezione del diritto soggettivo all'interesse a stipulare il contratto, correlato all'obbligo dell'amministrazione pubblica di prestare il proprio consenso".*

13 Al contrario, il citato arresto del 2003 delle Sezioni Unite ha ritenuto, in contrasto con la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio oggi in commento, che, in realtà, sussisterebbe una posizione di diritto soggettivo già a partire dalla conclusione della procedura concorsuale. Tale conclusione discenderebbe dalla generale devoluzione al giudice ordinario delle controversie in materia di pubblico impiego, in contrapposizione con l'impostazione originaria del dlgs 29/1993 che effettuava una mera ripartizione tra materie specificamente devolute al giudice amministrativo e controversie in tema di pubblico impiego, devolute, per l'appunto, al giudice ordinario.



zione<sup>14</sup>, corollario di quello del buon andamento, posto dall'art. 97 della Costituzione.

In effetti, deve essere rilevato che, se l'azione amministrativa, oltre che al principio di legalità, deve anche essere improntata a quei criteri di efficienza, efficacia ed economicità sanciti dalla più recente normativa di rango primario, si impone all'organo procedente una continua ponderazione degli elementi precedentemente posti a fondamento dell'atto.

Per tale motivo, analizzando la complessa tematica concernente la generale potestà di ritiro del provvedimento da parte della Pubblica Amministrazione<sup>15</sup>, si evidenzia che il potere di revoca, da parte dell'Amministrazione procedente, debba sottostare innanzitutto al requisito della mancanza di retroattività. Ciò comporta per l'organo titolare del potere di revoca la possibilità di incidere solo su situazioni giuridiche non consolidate; a tal fine sarebbe, infatti, necessario un *contrarius actus* rispetto al provvedimento che si ipotizza destinato al ritiro, sempre che, in osservanza al principio di legalità, tale atto sia espressamente previsto e disciplinato dall'ordinamento.

In secondo luogo, l'atto in questione deve essere motivato sulla base di una valida ragione sottesa all'interesse pubblico. Con riferimento a quest'ultimo requisito, si era soliti osservare, nell'ambito della dottrina maggioritaria<sup>16</sup> che il provvedimento amministrativo potrebbe essere revocato in un duplice ordine di situazioni: da un lato, nella revoca "per sopravvenienze", che si riscontrerebbe nel momento in cui la Pubblica Amministrazione procedente rilevasse la sussistenza di circostanze attinenti la legittimità o il merito del provvedimento amministrativo, non riscontrate (in quanto assenti) *ab origine*, al momento, cioè, di procedere a quella ponderazione di interessi caratteristica della fase costitutiva del procedimento amministrativo. D'altra parte, sussisterebbe la revoca per *ius poenitendi*, riscontrabile allorché la Pubblica Amministrazione, a seguito di una ponderazione di interessi già compiuta, ma non più attuale, ritenesse di poter "tornare sui propri passi" e determinare la causalità dell'atto originario<sup>17</sup>.

L'ammissibilità di tale forma di revoca è stata, in effetti, a lungo posta in dis-

14 Sulla generale tematica della collocazione della revoca nell'ambito del diritto amministrativo cfr GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, p. 595 ss.; IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; MAURO, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedurali*, in *Foro Amministrativo - TAR*, 2004, p. 554.

15 In generale, sul tema in oggetto cfr PAPARELLA, "Revoca" (*diritto amministrativo*), in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, p.204; SALVATORE, "Revoca" (*degli atti amministrativi*) in *Enciclopedia Giuridica* Treccani, Roma, 1991, ad vocem.

16 GIANNINI, *cit.*, p.597. .

17 GIANNINI, *cit.*, distingue dai provvedimenti

di revoca quelli, comunemente denominati altresì "atti di decadenza", contraddistinti dalla circostanza di essere emanati in occasione (non già di mutamenti normativi o fattuali dello *status quo* precedente l'emanazione del provvedimento, quanto) di inadempimenti compiuti dal privato, nonché quei procedimenti denominati "di abrogazione", che sarebbero contraddistinti dalla circostanza di essere volti a curare un interesse pubblico delimitato nel tempo e per il cui venir meno, quindi, non è necessario la sussistenza di una vera e propria motivazione di pubblico interesse che determini la caducazione dell'atto, ma, più semplicemente, la sopravvenuta carenza di quell'unico presupposto fattuale sotteso all'emanazione del provvedimento. Cfr altresì CANNADA BARTOLI, *Abrogazione dell'atto amministrativo (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p.157.

cussione, per l'ovvia considerazione che, in tale modo, i diritti quesiti del privato risulterebbero alquanto frustrati, in quanto esposti alla possibilità di un nuovo intervento dell'Amministrazione che, *re melius perpensa*, ritenesse di invalidare la scelta precedentemente operata e, pertanto, è stata ristretta alle sole ipotesi di provvedimento che non avesse ancora esplicitato la propria efficacia nei confronti dei destinatari dell'atto, a meno che (ma la dottrina e la giurisprudenza sono divise sul punto) non fosse contenuto nel medesimo atto una espressa clausola di revoca.

Il riconoscimento di un generale potere di revoca per la Pubblica Amministrazione è stato, invece, operato da parte della legge di riforma del procedimento amministrativo n. 15 del 2005, che, all'art. 21- *quinquies*<sup>18</sup>, ne statuisce l'ammissibilità sulla base del duplice presupposto della sussistenza di una motivazione che si basi sul pubblico interesse e, dall'altro, del collegamento di tale potestà della Pubblica Amministrazione al mutamento della situazione fattuale (revoca per sopravvenienze) o anche all'ipotesi in cui la stessa amministrazione proceda ad una nuova valutazione dell'interesse pubblico (esercizio dello *ius poenitendi*)<sup>19</sup>.

Tale innovazione è, peraltro, temperata dalla circostanza che, tanto nel caso di revoca per sopravvenienze quanto in quello per *ius poenitendi* sia riconosciuto in favore del privato il diritto ad un equo indennizzo, al fine di compensarlo dal pregiudizio sofferto dalla caducazione dell'atto<sup>20</sup>.

Va notato, in via incidentale, che la citata normativa ha, altresì, introdotto per la prima volta anche una specifica disciplina dell'istituto dell'annullamento d'ufficio, attinente, invece, all'ipotesi di sussistenza di vizi di legittimità *originari*. In quest'ultimo caso, deve comunque precisarsi che l'annullamento operato da parte della Pubblica Amministrazione rientra pur sempre nell'ambito del potere di autotutela, e non può essere confuso con il più generico potere di annullamento degli atti illegittimi effettuato in via giudiziale, in quanto per la caducazione dell'atto, pur se affetto da illegittimità, è comunque richiesta la sussistenza<sup>21</sup> di un interesse pubblico alla caducazione del provvedimento, ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità.

Deve altresì essere menzionata, per completezza, la disciplina sull'annulla-

---

18 Il testo, che riportiamo per comodità, recita  
"Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo".

19 Come dimostra la vicenda giurisprudenziale in questione, nel dispiegarsi dell'azione amministrativa non può esservi un'integrale applicazione dei principi

della tutela dell'affidamento vigenti nell'ambito del diritto privato, in quanto è di tutta evidenza che la Pubblica Amministrazione procedente è tenuta a compiere la migliore valutazione possibile dell'interesse pubblico sulla base delle condizioni fattuali vigenti al momento in cui la stessa è effettuata, e di conseguenza la tutela dell'affidamento può assumere rilevanza solo con riferimento a vicende, successive, di carattere indennitario e/o risarcitorio.

20 Per un primo commento alla disciplina in esame cfr PASCUCCI, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa - commento alla legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n.80 del 2005*, a cura di TOMEI, Padova, 2005, p. 519

21 Sul punto cfr SALVATORE, cit.



mento d'ufficio contenuta nella legge 311 del 30/12/2004 (legge finanziaria per il 2006), all'art. 1, comma 136<sup>22</sup>. In tale normativa, sia pure con efficacia limitata agli annullamenti destinati ad incidere sul bilancio dello Stato, la caducazione è subordinata espressamente al mancato decorso del triennio dall'emanazione dell'atto da parte dell'amministrazione procedente; rispetto alla disciplina contenuta nella l. 15/2005, la differenza più importante è data dalla presenza, anche nell'ambito dell'annullamento d'ufficio, dell'obbligo di tenere indenni gli eventuali beneficiari, successivamente rivelatosi illegittimo e, pertanto, caducato.

E', d'altro canto, il caso di osservare che la disciplina introdotta dalla l. 15/2005 pone due problematiche di particolare rilievo: da un lato, in effetti, la differenza di disciplina tra revoca ed annullamento potrebbe influire sulla qualificazione attribuita all'atto da parte della Pubblica Amministrazione procedente, al mero fine di esonerarsi da conseguenze di carattere indennitario; dall'altro, nel caso dell'annullamento, sussiste una secca alternativa tra illegittimità e validità del provvedimento che, probabilmente, alla luce delle predette considerazioni potrebbe rilevarsi eccessivamente drastica. Per tale motivo, non appare del tutto peregrina una soluzione di carattere legislativo o, *de iure condito*, ermeneutico, che consenta una sostanziale equiparazione tra le due fattispecie normative al fine di superare la suddetta discrepanza<sup>23</sup>, comminando l'indennizzo anche nell'ipotesi di annullamento.

La nuova previsione normativa lascia, però, impregiudicata la questione se il potere di revoca possa essere esercitato anche nelle ipotesi in cui, come nel caso in esame, sia invocabile da parte del privato la sussistenza di un diritto soggettivo. In passato, può osservarsi che era risultata prevalente in giurisprudenza l'opinione<sup>24</sup> favorevole alla revocabilità dell'atto quantomeno nell'ipotesi di revoca per sopravvenienze. La tesi in esame dovrebbe, oggi, essere rafforzata dalla circostanza che la previsione dell'indennizzo in favore del privato consente di ridurre al minimo il sacrificio dell'interessato a fronte del perseguimento del pubblico interesse.

5. Problematico appare, nella presente argomentazione, il connesso riferimento alla potestà di revoca della Pubblica Amministrazione considerando che, nella fattispecie in esame, l'esistenza di un potere di autotutela, in verità mai messo in dubbio, deve, nello stesso tempo, essere conciliato con la circostanza che lo stes-

22 Il rapporto tra le citate discipline, nonché l'esplicazione dei presupposti previsti per procedere, rispettivamente, all'annullamento o alla revoca dei provvedimenti illegittimi sono stati oggetto della circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica del 17 ottobre 2005.

23 Per una prima disamina delle problematiche poste dalla nuova legge sul procedimento amministrativo cfr AAVV- Pubblica Amministrazione- Legge 241/90: *al via dall'8 marzo le nuove norme sull'azione amministrativa*, in Guida al diritto, 10/2005, p. 7 e ss.; DI NITTO, *La nuova legge sul procedimento amministrativo: il termine, il*

*responsabile, la partecipazione, la DIA, e l'ambito di applicazione della legge*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 498; FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la DIA e il silenzio - assenso*, *ibidem*, p. 1017; GARDINI, *La nuova legge sul procedimento amministrativo - La conferenza di servizi*, *ibidem*, p. 488; MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo - Il provvedimento amministrativo*, *ibidem*, p. 469.

24 Cfr Cons. Stato, sezione VI, sentenza n. 899 del 19 febbraio 2003.

so finiva per incidere su di un atto di carattere negoziale (un bando di gara, equiparabile, quanto natura giuridica, ad una proposta al pubblico<sup>25</sup>), e di cui, comunque, è dubbia la possibilità di revoca ad nutum da parte della stessa amministrazione<sup>26</sup>.

Il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti "contrattualizzati"<sup>27</sup>, pur retto da un atto di carattere sostanzialmente negoziale e paritetico, è di norma discendente da un c.d. contratto ad evidenza pubblica: un contratto, cioè, in cui è dato ravvisare<sup>28</sup> una rilevante interferenza tra uno stadio di specifica pertinenza pubblicistica (data la sussistenza di un procedimento finalizzato ad assicurare il rigoroso rispetto del par condicio tra i vari concorrenti), ed uno di diritto comune<sup>29</sup>.

Pertanto, nel momento in cui si evidenzia una situazione di specialità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, si deve tener conto della circostanza che, nella fattispecie in questione, datore di lavoro è un soggetto non assimilabile in *toto* ad un privato.

Di conseguenza, la qualifica pubblicistica non influisce solo sul momento funzionale<sup>30</sup> del rapporto ma, altresì, su quello genetico (come dimostra la sentenza in esame, in effetti, eventuali, ulteriori vicende possono influire anche sulle possibilità di venuta ad esistenza, ovvero di persistenza, del rapporto in esame).

---

25 Con riferimento alla natura giuridica del bando cfr DI MURO, *Natura giuridica del bando di concorso e affidamento*, in *TAR*, 1989, II, p. 93. Cfr altresì BIANCA, *Diritto Civile*, vol. III, 1994, p. 254

26 In effetti, la dottrina più autorevole (cfr GIANNINI, cit., p. 410) nega la possibilità di una revoca del bando di gara, sulla base della considerazione che, già dopo l'emanazione, lo stesso avrebbe già esaurito la sua funzione, consistente nella esternazione della delibera a contrattare con contestuale indicazione delle motivazioni di interesse pubblico sottese alla stipulazione del contratto ed alla contestuale disciplina dello svolgimento del concorso. Di conseguenza la revoca dell'atto da parte dell'amministrazione dovrebbe essere valutabile in base alla disciplina civilistica.

27 Si ricorda che il dlgs 29 del 1993, e le successive norme attuative, hanno escluso dal regime di privatizzazione una serie di rapporti di impiego (magistratura, forze armate, dipendenti di autorità di garanzia, carriera prefettizia etc.), giusta l'incompatibilità degli specifici settori, contraddistinti dall'essere espressivi di un nucleo "forte" di poteri autoritativi pubblicistici, con il generale regime di assimilazione all'impiego privato conminato dalla normativa in esame.

28 PERICU, in AAVV (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II ed., Bologna, 1998, p.1567.

29 Id., ove è osservato che, mentre il contratto è in tutto e per tutto assimilabile all'analoga fattispecie di carattere privatistico (nel caso in questione, contratto costitutivo di rapporti di lavoro), si concretano in una serie di atti amministrativi " (...) le decisioni relative all'individuazione dell'obiettivo concreto da raggiungere, alla definizione del tipo di contratto da

*porre in essere e dei suoi contenuti essenziali, alla scelta del contraente privato, alla stipulazione del contratto*". Cfr più in generale GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986.

30 E' di tutta evidenza che, anche nell'ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione sia dotata di strumenti "privilegiati" che le consentano di influire sul rapporto contrattuale ancora in corso, non si può escludere la riconduzione di tali strumenti agli ordinari, con la conseguenza che, se esempio (cfr GIANNINI, cit., p. 407 ss.) gli strumenti di autotutela conminati nell'ipotesi di inadempimento ben si possono collocare nell'ambito della risoluzione per diffida, sia pure soggetti ad una disciplina più benevola da parte dell'amministrazione procedente; ancora, nelle ipotesi in cui (come nella fattispecie in questione) la Pubblica Amministrazione emetta un provvedimento che abbia, di fatto, l'effetto di determinare, in base ad una ponderazione del pubblico interesse ben si può equiparare alle fattispecie di recesso per giusta causa, sia pure sulla base di una valutazione della "causa" che si basa sulla sussistenza di un pubblico interesse. Comunque deve essere ricordato che la Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare il generale principio dell'assoggettamento, ove la Pubblica Amministrazione agisca nell'ambito dell'attività paritetica, alle regole che ne disciplinano lo svolgimento. Si veda, al riguardo, l'ordinanza n. 61 del 21 gennaio 1988, in cui la stessa Corte dichiarò infondata, con riferimento all'art. 21 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell' art. 1341, comma 2, codice civile, sulla base della pretesa (da parte del giudice remittente), ma smentita dal diritto vivente, inapplicabilità della norma in oggetto ai rapporti contrattuali intercorrenti con la Pubblica Amministrazione. Cfr in *Foro Italiano*, 1988, I, c. 2463.

Ferma restando la legittimità, ai sensi della disciplina vigente, del provvedimento dell'Amministrazione procedente, può sorgere il dubbio se, nella fattispecie in esame, sia ravvisabile, quantomeno, un profilo di responsabilità della Pubblica Amministrazione procedente, in particolare dal punto di vista precontrattuale.

6. Come è noto, la responsabilità precontrattuale<sup>31</sup> costituisce sanzione del generale principio di correttezza e buona fede nell'ambito delle trattative precontrattuali alla formazione del contratto: tali obblighi, infatti, anche precedentemente alla conclusione dell'accordo negoziale, incombono sulle parti, sulla base della considerazione, elaborata dalla dottrina tedesca di metà ottocento, secondo cui l'accordo, pur se incompleto o viziato, determina, in ogni caso, l'obbligo al risarcimento del danno conseguente all'inadempimento, anche se, in realtà, sia esclusa la debenza dell'adempimento stesso.

In generale, può comunque ritenersi ormai acclarato<sup>32</sup> che la responsabilità precontrattuale rientra a pieno titolo nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, per la decisiva circostanza che essa è stata autorevolmente qualificata come forma di responsabilità civile per lesione del bene giuridico della libertà negoziale: di conseguenza, non assume pregio la circostanza che la stessa sia relativa a rapporti insorgenti tra parti di un rapporto qualificato, così come non ha incontrato successo la tesi dottrinale che ha proposto di ricondurre la responsabilità in oggetto e le sue fattispecie applicative a quella contrattuale<sup>33</sup>, ovvero ad un *tertium genus*, sia pure assimilabile, peraltro, in larga parte alla responsabilità contrattuale.

E', altresì, evidente che la norma *de qua* costituisce principio generale dell'ordinamento, suscettibile quindi, in concreto, di una pluralità di applicazioni.

Pertanto, la dottrina ha enunciato una serie di casi in cui si inverte la fattispecie di carattere generale imposta dall'art. 1337 del Codice Civile, al di là di quella espressamente indicata dal legislatore e costituita dalla previsione di cui all'art. 1338 (che costituisce, storicamente, la fattispecie tipica in cui, originariamente, si è concretizzato il citato obbligo di correttezza e buona fede).

Tra questi va collocato il caso in cui una delle parti intraprenda le trattative senza, però, avere la reale volontà di addivenire alla stipulazione, comportamento sanzionato, in realtà, a prescindere dalla circostanza che la stessa conclusione del contratto costituisca, allo stato delle norme, atto pienamente libero e volontario.

Altra fattispecie è costituita dall'ipotesi in cui la contrattazione sia stata effettuata (originariamente) in buona fede, ma che, poi, al di fuori dell'obbligo assunto in via contrattuale di stipulare l'atto definitivo, coercibile ex art. 2932 cc, la stessa receda in modo ingiustificato dalle trattative, violando il principio di buona fede nonché quello di tutela dell'affidamento<sup>34</sup>.

31 Cfr BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991, ad vocem.

33 BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1993.

32 BIANCA, *cit.*, p.155 ss.

34 Cfr per la delimitazione dei principi di buona fede ed affidamento BIANCA, *cit.*, p.24 e 422.

Vengono, poi, comunque fatti ricadere nell'ambito applicativo della suddetta norma tutti i più specifici obblighi (informazione, chiarezza, avviso), già di per sé discendenti da quel generale principio di buona fede che opera, nel successivo momento in cui si spiega il rapporto contrattuale.

Diversa è, invece, l'espressa ipotesi costituita dalla stipulazione, in piena consapevolezza, di un contratto invalido. In questo caso è di tutta evidenza che si prescinde da una vera e propria serie di trattative, essendo il principio suddetto affermato in modo generico ed onnicomprensivo, avuto riguardo alla sola "causa finale" della attività, costituito, per l'appunto, dalla stipulazione di un atto negoziale.

Senza voler compiere una esaustiva e completa disamina di tutte le questioni sottese al tema della ammissibilità di una configurabilità della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, è *prima facie*, del tutto evidente che le suddette fattispecie di responsabilità non risultano di agevole applicabilità alla Pubblica Amministrazione, essendo del tutto estranea al concetto di "trattative" il procedimento dell'evidenza pubblica, salvo che nelle ipotesi in cui la stessa sia dalla legge autorizzata ad agire, per l'appunto, mediante la trattativa privata, ed in cui, pertanto, soggiace allo stesso trattamento del *quivis de populo*.

7. Non è dubbio che la sussunzione della responsabilità precontrattuale sotto la più generale categoria della responsabilità extracontrattuale ha legittimato la piena equiparazione (ai fini della ammissibilità di tale forma di responsabilità) della Pubblica Amministrazione, al privato cittadino, sulla base della considerazione che ove quest'ultima si trovi ad intraprendere una attività soggiacente al diritto comune, deve, per tale motivo, rispettare quegli stessi obblighi di buona fede e correttezza che incombono sul privato<sup>35</sup>.

Inoltre, come sappiamo, la giurisprudenza e, successivamente, lo stesso legislatore (con la previsione, in tema di giurisdizione, della legge 205 del 2000) hanno pienamente riconosciuto la risarcibilità degli interessi legittimi a favore del privato danneggiato da eventi lesivi determinati da una illegittima azione amministrativa: ciò anche nell'evenienza in cui il danno si ricolleggi ad una situazione in cui il cittadino (come avviene, di norma, nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica) si trovi ad entrare in contatto con la Pubblica Amministrazione al fine di acquisire un vantaggio e si sia in presenza, pertanto, di una situazione un tempo inquadrabile secondo la dottrina tradizionale nell'ambito dei c.d. interessi legittimi pretesivi.

Per tale motivo, sono ormai da reputarsi abbandonate le tesi che negavano l'applicabilità della normativa sulla responsabilità precontrattuale alla Pubblica Amministrazione, da un lato rilevando la mancanza di risarcibilità del mero interesse legittimo, dall'altro la non invocabilità, in favore del privato partecipante a gara o concorso, delle regole dettate a tutela del contraente che abbia stipulato un con-

---

35 In generale, sulla tematica dei contratti della Pubblica Amministrazione cfr FAZIO, *L'attività contrattuale della*

*Pubblica Amministrazione*, Milano, 1984.

tratto invalido, stante la natura imperativa delle norme disciplinanti la formazione del contratto per le Pubbliche amministrazioni e, quindi, l'esclusione della rilevanza dell'affidamento.

Tuttavia, resta pur sempre evidente che la presenza di una fase di carattere pubblicistico, nonché, come visto, la specialità del costituendo rapporto (e qui non si può, ovviamente, non fare riferimento anche e soprattutto alla citata specifica disciplina del pubblico impiego), non consentono, ovviamente, una applicazione indiscriminata delle medesime norme ed elaborazioni giurisprudenziali utilizzabili nell'ambito degli ordinari rapporti di carattere interprivatistico.

Al riguardo, non può essere sottaciuto che, nella fattispecie giurisprudenziale in questione, una rigorosa applicazione dei principi civilistici di tutela del contraente avrebbe determinato, di contro, un grave *vulnus* alla posizione dell'amministrazione e, conseguentemente, della collettività, se si pensa che, in questo caso, l'eventuale assunzione del vincitore del concorso avrebbe determinato la costituzione di un rapporto di lavoro, a tempo indeterminato, con riferimento ad una posizione organica inesistente.

Per molto tempo si è, a questo proposito, ipotizzato<sup>36</sup> che una vera e propria responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione fosse riscontrabile nei soli casi in cui il comportamento scorretto fosse posto in essere nella fase successiva all'aggiudicazione, residuando in quello precedente solo momenti di interesse legittimo, solo oggi pienamente risarcibili, a non voler aderire alla tesi, in verità autorevolmente sostenuta<sup>37</sup>, secondo cui, a ben vedere, la storica sentenza 500/99 si sarebbe semplicemente limitata ad attrarre nell'ambito delle situazioni soggettive risarcibili (*id est*, dei diritti soggettivi) delle pretese incrementative nei confronti della Pubblica Amministrazione (tale tesi sembrerebbe, peraltro, smentita dalla devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo di tali controversie risarcitorie).

Al riguardo, deve essere precisato che, in effetti, una responsabilità precontrattuale (per i motivi esaminati da qualificarsi come aquiliana) può sussistere ove la Pubblica Amministrazione receda in modo illegittimo dalla costituzione dell'atto negoziale. Ma tale recesso può anche discendere da atto perfettamente legittimo e basato su reali considerazioni dell'interesse pubblico<sup>38</sup>.

Ne deriva un difficile inquadramento della tematica in questione, cui appare imprescindibile un approfondimento della giurisprudenza, al fine di delinearne meglio i confini ed i limiti applicativi.

36 Per un' ampia disamina della tematica *de qua* cfr. Cons. Stato, sezione IV, sentenza 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro Italiano*, 2002, III, c.1 ss.; nonché TAR Abruzzo, sentenza 6 luglio 2001, n.609; TAR Puglia, sentenza 17 maggio 2001, n. 1761; TAR Lombardia, sentenza 31 luglio 2000, n.5130; TAR Lombardia, sentenza 9 marzo 2000, n. 869, *ibidem*, con commento di MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della Pubblica Amministrazione*.

37 ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere*

*interessi legittimi?* In *Foro Italiano*, 1999, I, c. 3224.

38 Cfr sul punto Cons. Stato, sezione IV, sentenza 19 marzo 2003, n.1457 in *Foro Amministrativo - Consiglio di Stato*, 2003, p.918 che ha ritenuto sussistere la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione che, pur in presenza di una accertata e conosciuta mancanza di copertura finanziaria non abbia disposto il rinvio della gara ma abbia concluso l'iter procedimentale relativo, comunicando, in un successivo momento, il rifiuto di approvazione dell'aggiudicazione

Lo stesso può essere agevolmente essere osservato con riferimento ai problemi riparto di giurisdizione<sup>39</sup> che, sulla base delle considerazioni sin qui operate, dovrebbero ritenersi attratte alla giurisdizione del giudice ordinario.

Può, pertanto, essere rivolta una critica alla tesi che ritiene di inquadrare le azioni intraprese dal privato per il risarcimento dei danni in tali fattispecie nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

In effetti, dalla sentenza costituzionale 204 del 2004<sup>40</sup> può essere desunto il principio secondo cui la giurisdizione amministrativa in tema di diritti soggettivi, lungi dal dipendere dalla mera volontà di un "legislatore- demiurgo", può essere ammessa solo a condizione: a) che si tratti di controversie intercorrenti con soggetti pubblici; b) che la stessa controversia sia inerente a questioni in cui venga in rilievo, sia pure in via mediata, la doglianza circa lo scorretto uso di poteri pubblicistici. Ed è proprio tale requisito a difettare nella fattispecie de qua, considerando che, in realtà, come visto ciò che entra in considerazione non è tanto l'illegittimità dell'atto posto in essere quanto la valutazione della correttezza dell'Amministrazione sotto il profili privatistico.

La recentissima Adunanza Plenaria<sup>41</sup> del Consiglio di Stato ha, invece, ribadito la spettanza delle controversie in oggetto alla giurisdizione esclusiva, pur a seguito della sentenza 204 del 2004 della Corte Costituzionale, sulla base della considerazione che anche in tali ipotesi sussisterebbe "*quella situazione di interferenza tra diritti soggettivi e interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono come conditio sine qua non- secondo la Corte - per la legittimità costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo*".

**8.** Il problema più importante riguarda, comunque, la possibilità di reputare legittimo, anche sotto il profilo privatistico, un atto di autotutela della Pubblica Amministrazione, intervenuto, però, dopo la fine della relativa procedura concorsuale e che, perciò, finisce per incidere su di un procedimento già concluso e su una posizione soggettiva già acquisita.

E' interessante notare che, sul tema, la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale ha indicato un precedente giurisprudenziale con cui il riferimento alla legittimità della revoca veniva fondato su un tipo di valutazione assimilabile *grosso modo* alla sussistenza di una impossibilità sopravvenuta, con riferimento all'evento

---

39 Al riguardo, deve essere tenuto conto dell'interessante ordinanza SSUU, 26 maggio 2004 n. 10180, in *Foro Italiano*, 2004, I, c. 2738 con cui, in sede di regolamento di giurisdizione, si è affermata la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo anche con riferimento alle controversie in cui non assuma rilievo l'impugnativa di atti della sequenza procedimentale, ma in cui si invochi, invece, la valutazione richiesta dall'art. 1337 cc ai fini della condanna al risarcimento del danno, conseguente alla violazione degli obblighi, gravanti sulla Pubblica Amministrazione, di correttezza e buona fede in *contrahendo*.

40 *Ex plurimis* in *Foro Italiano*, 2004, I, c. 2593, con nota di BENINI e commento di TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d. leg. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204* e FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*.

41 Sentenza n. 6 del 5 settembre 2005, in *Foro Amministrativo- Consiglio di Stato*, 2005, p. 2515.



del *factum principis*.

Ciò in seguito alla sopraggiunta impossibilità giuridica dell'oggetto del contratto in esame, considerando che, in definitiva, il costituendo rapporto di pubblico impiego non sarebbe stato idoneo ad essere svolto secondo l'inquadramento originariamente previsto.

In effetti, la circostanza che l'evento che si è posto a causa della impossibilità sia, comunque, imputabile alla amministrazione procedente, induce a considerare con cautela la possibilità che tale evento sia valutato quale causa di esonero da responsabilità, con riferimento alla lesione della tutela dell'affidamento.

Sembrerebbe più corretto, invece, inquadrare il fenomeno in oggetto nell'ambito dell'ipotesi contraddistinta dalla impossibilità, per il creditore (nel caso in questione, la Pubblica Amministrazione procedente), di utilizzare la prestazione effettuata dal soggetto tenuto a svolgere la propria attività lavorativa: secondo la dottrina più autorevole<sup>42</sup>, infatti, anche ove venga meno l'interesse del creditore che deve essere, in ogni caso, sotteso alla prestazione effettuata dal debitore, si verifica l'estinzione del rapporto obbligatorio: ciò in considerazione della rilevanza attribuita dall'art. 1174 all'interesse del creditore nella nozione di obbligazione, rilevante non solo sul piano genetico, ma anche su quello funzionale.

Con riferimento alla posizione delle parti del rapporto obbligatorio, la situazione in esame costituisce, secondo la giurisprudenza corrente<sup>43</sup>, causa di esonero da responsabilità nei limiti in cui abbia carattere imprevedibile e non possa essere superato tramite un'attività delle stesse. Nel caso di specie, invece, la menzionata impossibilità è stata determinata da un atto amministrativo emanato dalla stessa amministrazione parte del rapporto.

Ci si può addirittura chiedere, pertanto, se addirittura non potesse essere presa in considerazione, stante l'identità del soggetto tenuto contrattualmente e di quello emanante l'atto amministrativo, l'idea di una responsabilità contrattuale dell'amministrazione procedente, con la conseguente risarcibilità dello stesso interesse positivo nascente dall'adempimento del contratto.

In effetti, come già si ha avuto modo di precisare, l'amministrazione che sia parte di un rapporto giuridico paritetico deve sottostare alle medesime "regole del gioco" proprie del diritto comune: non si vede per quale motivo, quindi, il privato non possa invocare (innanzi però, come visto, al giudice ordinario) una valutazione complessiva non già della legittimità dell'atto di revoca, quanto della correttezza del comportamento complessivo della Pubblica Amministrazione nell'ambito di un rapporto negoziale già instauratosi.

In realtà, in tema di appalti pubblici, la giurisprudenza ha già avuto modo di osservare che, con riferimento all'amministrazione stipulante, possa assumere rilevanza esimente solo "*il factum principis consistente in ordini o divieti di un'autori-*

42 BIANCA, cit., p. 372 ss.

43 Trib. Monza, sentenza 21 maggio 1986, in *Archivio Civile*, 1987, p. 48.



*tà amministrativa estranea al rapporto contrattuale, dai quali derivi l'impossibilità di eseguire la prestazione a prescindere dal comportamento dell'obbligato e senza sua colpa riguardo alle cause che hanno determinato i medesimi*"<sup>44</sup>.

Purtroppo, come visto, non è stata questa la strada percorsa dal TAR competente, che ha escluso qualsivoglia forma di tutela per il privato ricorrente.

Si deve, in conclusione, ritenere che nell'ambito dei procedimenti concorsuali per l'accesso a pubblico impiego (sia pure contrattualizzato) sia ancora lunga la strada che porta ad una effettiva parificazione, per il cittadino, alle tutele già presenti nell'ambito dei rapporti interprivatistici.

Solo una successiva evoluzione, in senso più favorevole al privato, della giurisprudenza dei giudici amministrativi, potrà consentire un più compiuto svolgimento di tali tutele.

Avv. Andrea LUBERTI

---

44 Cass., sezione I, sentenza n. 7543 del 23 maggio 2002, in *Foro italiano*, 2003, I, c.557.

## CONVEGNI

I convegni giuridici del Foro di Roma

Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma - Centro Studi

Roma,  
18 ottobre 2004

## La formazione Avvocato Europeo

### **Avv. Fioravante Carletti**

**Io direi di cominciare.** Speriamo venga altra gente nel corso della mattinata. Intanto apriamo i lavori, darei la parola al professor Alessandro Cassiani, presidente del Consiglio dell'Ordine.

### **Avv. Alessandro Cassiani**

Io non voglio rubare tempo ai relatori perché l'argomento è importante e i relatori tra l'altro sono numerosi. Voglio ringraziare Carletti e Galiani, chiunque abbia partecipato alla organizzazione, il collega Stanchi, che tra l'altro saluto e che oggi non è presente in quanto ha subito un piccolo intervento. Devo dire che giunge opportuno un convegno su questo argomento. Giunge opportuno per ragioni di carattere generale che sono note a tutti. Certo questo è l'anno dell'Europa, si potrebbe dire che è l'anno dell'Europa, basta pensare alla costituzione europea, prima ancora all'ingresso dei 25, allargamento a 25; è il momento ultimo oltre il quale non si può andare, il momento in cui non si può non guardare all'Europa come alla nuova frontiera nella quale i giovani, soprattutto i giovani saranno chiamati ad operare. Quando è iniziato il biennio, parlo anche a nome di Carletti e del carissimo Antonio Conte, la prima cosa che ci siamo detti tra le altre è stata questa: dobbiamo aprire a tutte le organizzazioni internazionali, riprendere il discorso, discorso che si era un po' troppo interrotto perché è necessario indicare una strada nuova che non sia l'ambito strettamente provinciale nel quale siamo abituati ad operare. Il nostro campo ormai non può essere più questo. Ed abbiamo dato anche dei segnali che credo siano stati avvertiti dai colleghi: abbiamo istituito un corso di inglese giuridico, abbiamo fatto vari convegni ai quali credo che molti di voi abbiano già partecipato sullo stesso argomento, su argomenti che rientrano. Abbiamo portato la parola del consiglio in due occasioni, cioè in due convegni organizzati dal presidente Calabrese sull'Europa, sulla costituzione europea, da ultimo abbiamo pensato che quella cerimonia che connota il biennio in occasione della quale vengono consegnate le medaglie d'oro agli avvocati anziani, e viene premiato il vincitore della conferenza dei giovani avvocati, deve essere anche una cerimonia nella quale si parli dell'Europa. L'intuizione che abbiamo avuto noi del consiglio si è tradotta poi in un fatto di ordine pratico che vuole essere anche emblematico, abbiamo istituito due borse di studio che verranno consegnate a due giovani colleghi, i quali parteciperanno con i loro lavori ad una selezione che porterà sarà emblematico ricevere una toga col nome di un grande

avvocato che si è interessato dell'Europa, sarà emblematico soprattutto avere la possibilità di frequentare uno studio all'estero, cosa che per ora appartiene per molti all'ambito delle aspirazioni impossibili, se non addirittura dei sogni. I giovani devono pensare all'Europa perché quello è il loro destino, e da un punto di vista dell'apprendimento, quindi da un punto di vista della cultura e da un punto di vista del completamento della loro preparazione, ma soprattutto direi anche da un punto di vista pratico. E allora tornando all'argomento ben venga un discorso sulla formazione dell'avvocato europeo. Noi abbiamo preso già delle iniziative volte a contribuire a questa formazione. Credo che il convegno di oggi dovrebbe indicare al consiglio o all'avvocatura in genere la strada da seguire perché tutto questo avvenga nel migliore dei modi. Gli interventi, vedo colleghi di assoluto prestigio che si accingono a prendere la parola, non voglio citare perché altrimenti scontenterei molti, in prima linea vedo Aurelio Gentili, Cirese, Guido Calvi, sono circondato da persone che sicuramente porteranno un grosso contributo, però dico loro che questa non può essere la giornata in cui si parla della formazione dell'avvocato europeo ma deve essere l'inizio di una serie di corsi di aggiornamento che approfondiscano il tema, anche da un punto di vista pratico, dare come premio la possibilità di frequentare per un periodo di sei mesi o di un anno (adesso si vedrà) uno studio in Europa, significa segnare il destino di un avvocato e creare un esempio. Naturalmente è importante che questi giovani colleghi abbiano la preparazione che ci consenta di ben figurare e di fare in modo che vadano all'estero già con un bagaglio, con una attrezzatura che li renda compatibili, interfacciali con gli studi dei colleghi europei. Tutto questo avverrà secondo le indicazioni che oggi verranno fuori da questo convegno. Io mi assenterò per un poco perché devo chiudere i seggi, si sta votando al consiglio, tornerò e poi soprattutto avremo modo di leggere e rileggere le trascrizioni di questi vostri interventi. Il consiglio avrebbe in animo di pubblicare questo convegno, così come altri convegni di pari importanza in quei quaderni giuridici che costituivano un'antica tradizione, poi interrotta, ma che invece a mio avviso dovrebbero essere uno degli elementi più emblematici, uno dei motivi di maggiore prestigio di un biennio nel quale oltre che, come dico spesso, svolgere, affrontare i problemi di carattere istituzionale, il consiglio si renda utile attraverso iniziative che servano veramente agli avvocati, soprattutto ai giovani avvocati.

La formazione. Ma la formazione noi l'abbiamo affrontata in termini generali, si tratta di entrare nello specifico, e in questa maniera facendo il nostro dovere, io qualche giorno fa ho partecipato a una tavola rotonda organizzata dal Ministero della Giustizia, si parlava di come misurare la giustizia, e ho sentito parlare di numeri, cose importanti, di statistiche, di management, di eventuali incentivi premiali, ho detto che tutto questo può essere anche giusto e può essere anche utile per individuare le problematiche o le sacche di maggiore problematicità, ma quello che resta più importante è curare la preparazione e del magistrato e dell'avvocato. Da parte nostra vi stiamo provvedendo, credo che la stessa cosa debba avvenire su quel fronte, essendovi una complementarità tale per cui il buon magistrato risente del buon avvocato parte o che assiste una delle parti nel processo ed egualmente al contrario, così come è sempre avvenuto nella storia

di queste due categorie che non sono divise ma che convergono nella attuazione del fenomeno giustizia. Il problema si complica quando si pensa all'Europa, perché qui vengono fuori problematiche che impegnano sia i magistrati che gli avvocati a una maggiore e più approfondita preparazione. Siamo soltanto agli inizi, credo che questo cammino debba esser lungo, ringrazio i colleghi che interverranno oggi in questa discussione, ma ugualmente li prego di non allontanarsi dal consiglio perché questo deve essere poi un modo come andare avanti insieme per proseguire in una strada dalla quale traggano reali e concreti vantaggi i giovani, quei giovani che si avvicinano alla professione in nome di un sogno coltivato per tanti anni ma senza avere poi una possibilità concreta di inserimento in ambito professionale, se non nel caso secondo me attraverso il loro Consiglio dell'Ordine. In questa ottica e con questo auspicio e con questa prospettiva io do inizio ai lavori e ringrazio tutti coloro i quali parteciperanno dopo aver già ringraziato coloro i quali lo hanno organizzato.

---

**Avv. Fioravante Carletti**

**Prima di passare al parola al consigliere Antonio Conte**, volevo ricordare a tutti che questo convegno dovrebbe chiamarsi convegno Stanchi, perché Guido Stanchi è stato un animatore proprio instancabile, ha lavorato per un mese intero per mettere insieme sia questo magnifico gruppo di relatori, la professoressa Vacca può essere testimone di quante volte quante attività ha svolto per farlo, senonché poverino due o tre giorni fa, a ridosso della preparazione si è ammalato e adesso è ricoverato in ospedale per un piccolo intervento. Stamattina abbiamo sentito che sta male, che è andato tutto bene ma non è potuto venire a quella che era veramente la sua creatura. Io veramente vorrei indirizzargli un applauso perché ha fatto un lavoro veramente grandioso. C'è la figlia Barbara che porterà i nostri saluti al padre perché veramente li merita. Adesso passiamo la parola ad Antonio Conte.

**Avv. Antonio Conte**

**B**uon giorno a tutti. Sarò rapidissimo per lasciare subito la parola agli autorevolissimi relatori. Soltanto una battuta: questo Consiglio dell'Ordine io spesso, con il presidente, con Fioravante, cerchiamo di dare sempre di più un taglio operativo, questo è uno di quei convegni che io definisco appropriati ed utili e concreti. Io spero che il presidente Cassiani riesca a ripristinare questa formula del passato che era una formula a mio avviso assolutamente condivisibile, ovvero dei quaderni del consiglio, perché ci sono tantissimi giovani colleghi che spesso vengono lì presso gli uffici consiliari a chiedere gli atti dei convegni e a chiedere convegni come questo. Questo è un convegno dove tutti noi sappiamo tanti colleghi ci vengono a domandare di legislazioni sovranazionali, cultura transnazionale, moduli formativi paralleli, tutti argomenti che noi sentiamo sempre più spesso e che dobbiamo essere in grado di poter esternare, specialmente ai giovani colleghi che ci vengono a chiedere, quindi io sono felicissimo che

siamo riusciti ad organizzare questo convegno, ringrazio ancora una volta l'avvocato Pierguido Stanchi che è stato il motore dell'organizzazione di questo convegno e spero e auspicio che da questo convegno esca finalmente un primo quaderno di atti, come abbiamo predisposto per questo e per altri convegni che verranno a seguire, perché ritengo che sia veramente un servizio importante che il consiglio deve dare ai propri iscritti. Grazie a tutti.

---

### **Avv. Fioravante Carletti**

**Salutiamo tutti i relatori presenti**, l'on. Professor Avvocato Guido Calvi, l'avvocato Domenico Battista, l'avvocato Riccardo Cappella, l'avvocato Vania Cirese, l'avvocato Fabio Maria Galiani, il professor Avvocato Aurelio Gentili. Seguiranno interventi programmati

**[LATO B]** ... dottor Giovanni Turco, verrà sicuramente il dottor Scotti, la professoressa Vacca è già qua, quindi ci farà compagnia, spero, più tempo possibile. Doveva venire anche l'on. Gerardo Bianco ma mi ha mandato una lettera, mi ha detto che non verrà. Invece c'è il consigliere dell'on. Rocco Buttiglione, il dottor Iori, che è già qua e lo ringraziamo moltissimo, il professor Gianfranco Lami, verrà anche il dottor Cesare Martellino, che è il nostro rappresentante all'Eurogiast, il rappresentante del governo italiano, e l'avvocato Ferdinando Emanuele, consigliere dell'ordine che si occupa di affari internazionali. Salutiamo anche Carolina Valensise che ci fa sempre l'onore di essere presente e la ringraziamo moltissimo di essere qua. Grazie a tutti, direi possiamo cominciare il convegno dando la parola al professor Guido Calvi il quale tratterà: Problemi ordinamentali e di diritto sostanziale riguardanti l'avvocatura e in particolare sul processo di formazione normativa della legislazione europea.

### **Avv. Guido Calvi**

**R**ingrazio il consiglio dell'ordine di Roma e il suo Centro Studi perché credo sia assolutamente opportuno, vedo per fortuna molti giovani qui in platea, affrontare questo tema dell'avvocato in Europa, perché io ritengo che siamo abbastanza indietro rispetto alla conoscenza e consapevolezza di quello che sta avvenendo nella modifica non soltanto del nostro ordinamento professionale ma anche del diritto sostanziale con la integrazione europea.

Naturalmente condivido quanto ha detto il presidente Cassiani giustamente circa la necessità della formazione, che è l'elemento essenziale, la qualità della formazione professionale dell'avvocato e del magistrato, ma non sul piano dell'avvocatura, e momento essenziale per tutelare non già corporativamente la classe forense ma i cittadini, i diritti dei cittadini che trovano nell'avvocato l'espressione più immediata della tutela dei loro diritti.

Io credo che noi siamo abbastanza indietro nel comprendere che cosa effettivamente sta avvenendo, e ciò per molte ragioni. Inizierei quindi con l'osservare che l'av-

vocato ha assoluta necessità, il dovere di occuparsi del problema della sua professione nel futuro e con una legislazione europea, perchè vi sono alcuni momenti che tendono a modificare radicalmente e l'esercizio della professione e la funzione dell'avvocato. Intanto diciamo che il diritto europeo ha questa sua peculiarità: che per la prima volta non siamo più di fronte a un sistema di diritto internazionale, il diritto internazionale ha una natura pattizia, il diritto europeo invece ha una natura fondante in quanto nel momento in cui produce, attraverso un processo che poi vedremo più in particolare, una norma, essa per alcuni aspetti è addirittura vincolante, le norme quadro sono vincolanti, alcuni direttamente vincolanti, altri devono essere recepiti, però a differenza del diritto internazionale che nasce in un rapporto bilaterale, o plurilaterale, comunque con una natura pattizia il diritto europeo invece nasce in modo assolutamente diverso, tanto è vero che si è parlato di comunità di diritto, in inglese si dice law matters nel senso che questa comunità nasce e si fonda con la formazione normativa sul diritto che integra i singoli ordinamenti. Voi ricorderete che stiamo parlando del c.d. terzo pilastro, in Europa abbiamo avuto il primo pilastro, e cioè quando nacque nel '53 con la c.d. comunità europea dell'acciaio, la Ceca, poi vi è stata nel '57 l'Euratom; il secondo pilastro riguardava la sicurezza, il terzo pilastro riguarda la giustizia. Questo terzo pilastro è già superato, si va non già verso quella che veniva definita la cooperazione giudiziaria ma verso una integrazione. Questo passaggio riguarda direttamente gli avvocati e su questo occorre molta attenzione perché credo che su questo si giochi una partita importante, non soltanto d'ordine ordinamentale giudiziario ma credo anche sul terreno della nostra democrazia. Tutto questo va visto all'interno di un sistema che ha progressivamente eliminato ogni barriera, sia normativa che amministrativa, circa la liberalizzazione delle prestazioni dei servizi e stabilendo anche un diritto di stabilimento.

Credo, e lo dico fin d'ora, che per tutelare la specificità e la peculiarità del nostro sistema, della nostra storia, della nostra cultura, dell'avvocatura italiana, credo che anche su questo siamo in grande ritardo perché non abbiamo ancora mai affrontato, in modo rigoroso, comunque sia il Parlamento non ha ancora affrontato il tema della riforma dell'ordinamento professionale. Io credo sia un momento di straordinario rilievo perché se noi non riformiamo l'ordinamento professionale difficilmente potremo affrontare l'integrazione europea facendo leva su quelle che sono le caratteristiche culturali e storiche della professione e dell'avvocatura italiana, che sono lontane nel tempo, radicate, peculiari e diverse rispetto, basti pensare per esempio al sistema angloamericano, il nostro è un sistema specifico e io credo che nella integrazione con gli altri sistemi europei, per quel che riguarda anche l'ordinamento giudiziario io credo che non bisogna immediatamente cedere a pulsioni integrative quasi che gli ordinamenti, gli altri paesi o quello prefigurato in Europa possa prescindere da quelle che sono le specifiche secolari, importanti, di straordinario rilievo, specificità del sistema italiano.

Voglio subito dirvi una cosa: io 15 giorni fa sono stato a Bruxelles, perché la commissione sicurezza e giustizia ha ritenuto di dover ascoltare i parlamentari, due parlamentari di ciascun parlamento europeo, dei 25 parlamenti europei. E ci è stato presentato un documento, di grande rilievo, di grande importanza circa il lavoro che si



intende svolgere per questa legislatura. Ovviamente si sono manifestate diverse opinioni, chi critiche, chi più tenui, chi molto favorevoli, tra cui anche la mia, il mio intervento è stato molto favorevole a questo processo di integrazione europea. Naturalmente con alcune riserve. La prima delle quali riguarda proprio la formazione del processo normativo. Vedete noi abbiamo conoscenza soltanto nella fase discendente di ciò che viene deciso a Bruxelles, partendo dalla osservazione che facevo prima, che a differenza del diritto internazionale noi siamo di fronte a una produzione normativa che spesso è vincolante, sono vincolate e devono trovare poi attuazione nei singoli stati, bene noi abbiamo delegato in qualche modo i singoli governi a decidere prescindendo da quella che è la volontà della società civile del Parlamento. Che cosa avviene in termini molto semplici? Avviene che nel momento in cui si deve affrontare un problema sono i singoli governi dei paesi che fanno la loro proposta. Il parlamento europeo in qualche modo le coordina, e poi ovviamente le presenta ai singoli paesi. Io ho vissuto questa esperienza in Parlamento, nel momento in cui, come in questa settimana, dovremo votare, abbiamo già votato l'Eurogiast e sia la legge sul mandato d'arresto europeo. Il parlamento italiano e la società civile italiana (avvocatura, magistratura ed altri ancora) hanno potuto avere un intervento fattivo su questi temi soltanto nel momento in cui, nella c.d. fase discendente, ci sono stati resi noti i provvedimenti che sono stati emanati dall'Europa. Non sappiamo che cosa ha detto non solo il governo italiano ma anche gli altri governi, il Parlamento italiano è stato informato nel momento in cui il parlamento europeo ha deciso e ci ha proposto una riforma che è di straordinario rilievo, basti pensare a Eurogiast, o al mandato d'arresto europeo. L'avvocatura italiana ha avuto una reazione molto forte, una resistenza molto forte ad esempio sul mandato d'arresto europeo, nel parlamento si sono avute voci molto critiche e sulla natura del giudice che partecipa ad Eurogiast, italiano, e anche sul mandato d'arresto europeo.

Qual è dunque il problema? Il problema è che nel momento di formazione della legislazione, parlamento e società civile sono totalmente estranei, sono assolutamente esclusi, per cui nel momento in cui ritornano nelle singole nazioni, nei singoli stati, spesso ci siamo trovati di fronte a norme già vincolanti sulle quali, come per esempio per il mandato d'arresto europeo, il parlamento, adesso non entro nel merito delle singole politiche che sono manifestate, non è certamente questa la sede, io personalmente ho manifestato l'idea che noi siamo per la promulgazione della legge, ma non di questa legge, nei cui confronti siamo molto critici, anche perché l'Italia, come sapete, tra i 25 paesi è l'ultimo paese che ancora non ha applicato l'applicazione a questa direttiva sul mandato d'arresto europeo, questa è una grave defaillance secondo me, nel momento in cui mi sono presentato in Europa in questo consesso, di una qualche importanza naturalmente, ho avvertito un profondo disagio perché nei confronti dell'Italia vi era irritazione, nel senso che eravamo l'ultimo paese, allora c'era ancora la Cecoslovacchia, dopo che la Cecoslovacchia ha approvato siamo rimasti l'ultimo paese. Questo non significa che si debba accettare passivamente, il problema è che nel momento in cui ci giunge in Parlamento la norma, noi non siamo più in grado di partecipare né alla sua formazione né alla sua modifica, abbiamo soltanto posto alcuni margini per impedire

che alcuni principi fondamentali del nostro sistema ordinamentale, cioè alcune garanzie potessero essere pretermesse. Naturalmente vi sono critiche alle critiche che sono state mosse al disegno europeo, però il Parlamento questa settimana voterà, e quindi l'Italia con certezza, il Senato voterà probabilmente con alcune modifiche, perché vi sono stati errori particolarmente rilevanti nella elaborazione della Camera, e ritorneranno alla Camera per essere approvati nell'arco di pochissimo tempo, in 15-20 giorni sarà definitivamente approvato.

Il primo problema è questo, diciamo di carattere ordinamentale per quello che riguarda l'avvocatura, e qui la carenza di una riforma dell'ordinamento professionale si fa sentire in modo serio, in Senato abbiamo in discussione in commissione giustizia la riforma delle professioni, tra le quali ovviamente vi è anche quella dell'avvocatura, e il tema dominante è quello: ordini sì ordini no, questo è il tema sul quale si sta discutendo, liberalizzazione oppure presenza degli ordini. Io credo che naturalmente, come avviene in tutte le questioni molto delicate, bisogna non prendere posizioni estreme ma forse bisogna trovare, sforzarsi di trovare un equilibrio, nel senso che io credo che gli ordini, sia nel bene che nel male, qualsiasi giudizio si possa dare degli ordini o di un singolo ordine, tuttavia credo che la presenza di ordini che abbiano il controllo quantomeno deontologico delle professioni, credo che sia un momento essenziale. Però occorre anche riformulare l'intero contesto normativo che riguarda l'esercizio della professione nel momento in cui noi ci troviamo di fronte – e bisogna prenderne atto – una legislazione europea che consente ad esempio che qualsiasi avvocato danese o tedesco possa venire in Italia, stare tre anni, fare una pseudopratica, dopo di che essere avvocato a tutti gli effetti ed esercitare la sua professione. Questo è il c.d. avvocato stabilito, poi vi è anche l'avvocato esercente temporaneamente, le due figure su cui si articola la presenza di avvocati stranieri sul nostro territorio, certo è che l'avvocatura si trova di fronte a una rivoluzione, profonda, della quale noi non possiamo non prenderne atto nel tutelare l'avvocato italiano. Non è che l'avvocato italiano ha bisogno di tutela, io credo e sono convinto che la qualità della avvocatura italiana sia tale che anche con la massima liberalizzazione abbiamo tutto da guadagnarci nel senso che la qualità del nostro ceto forense è in grado di reggere qualsiasi confronti con colleghi di altri paesi, tuttavia se per esempio noi ci troviamo in una situazione nella quale le società professionali, straniere, sono strutturate in modo da poter tutelare in modo più rigoroso, più forte, imprese, aziende che operano anche in Italia, è chiaro che a questo punto quelle società professionali potranno operare in Italia e le articolazioni ancora non formate di società professionali italiane avranno difficoltà professionale a poter avere una concorrenza meno seria, meno attendibile, meno forte rispetto ad una possibile invasione perché questo lentamente non potrà non avvenire se l'avvocatura italiana non comprende che occorre, per un verso riformare l'accesso alla professione, la formazione della professione, trovare nuove vie che danno contemporaneamente una liberalizzazione del mercato, un confronto reale sul mercato internazionale ma nello stesso tempo aumentino sia la qualità nell'esercizio della professione, sia eliminando tutti quei vincoli che oggi vediamo per esempio nel momento dell'accesso alla professione forense. Io credo che

questi siano i tempi più importanti, più delicati sui quali noi avvocati italiani dobbiamo riflettere. Ma vorrei ritornare su un punto, che è quello della legislazione di diritto sostanziale e ordinamentale. Se noi non riusciamo a comprendere che il momento di formazione, l'origine, il momento d'origine della formazione del processo normativo possiamo incidere, sia come Parlamento che come magistratura o come avvocatura, e quindi partecipare attivamente alla formazione della norma, noi ci troveremo a questo punto con norme che sono decise da altri paesi che hanno altri sistemi, e a questo punto passando attraverso la legislazione europea rendono vincolanti queste norme. Questo significa che l'avvocatura italiana si troverà ogni volta in qualche modo senza difesa, più debole, rispetto a un sistema più progredito, più libero, più avanzato. Io non credo che una liberalizzazione molto spinta possa di per sé essere un danno per l'avvocatura italiana, anzi, però vi è un rapporto tra liberalizzazione e qualità della professione. Questo è un dato importante per recepire quanto diceva poco fa il nostro presidente Cassiani circa la necessità di una formazione sempre più rigorosa, però colleghi, siamo arrivati ormai quasi 150 mila avvocati, sono troppi, la qualità deontologica spesso è divenuta scadenza, la formazione universitaria non è più particolarmente attenta come poteva essere una volta alla formazione giuridica dello studente, sono molti e notevoli problemi. Finquando vi era la tutela della barriera nazionale e degli ordini tutto ciò non emergeva, nel momento in cui andiamo a una forma di liberalizzazione più o meno estesa, ma certamente questo è l'indirizzo verso cui sta andando l'Europa, vi sono state direttive che hanno esplicitamente indicato come si vada ad una integrazione del sistema a una possibilità di difendere, io ho trovato addirittura delle sentenze della Corte di Giustizia della Comunità Europea, una sentenza dell'anno scorso, di dicembre 2003, in cui si disquisisce addirittura dell'entità degli onorari che riguardano una controversia tra Austria e Germania e si doveva stabilire quali tariffe dovevano essere applicate, naturalmente prevalse l'idea che si dovesse applicare la tariffa del paese ove si faceva il processo, quindi l'avvocato tedesco aveva diritto a percepire gli onorari sulle tariffe austriache, che peraltro erano maggiori perché poi questa era la controversia. Questo per dire che cosa? Che anche su questo tema ormai la giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea è entrata in modo così pesante da essere quasi un ordinamento integrato di per sé. Di fronte a tutto questo mi sembra che noi siamo in grande ritardo, partecipiamo con difficoltà alla formazione di quei processi, i nostri rappresentanti in Europa spesso non seguono con la dovuta attenzione, di tutte le parti politiche naturalmente, non faccio eccezione, con la dovuta attenzione i problemi di ordine giuridico, e tantomeno quelli degli avvocati, purtroppo io ho l'impressione che se continua questa carenza di attenzione non è tanto l'avvocatura che certamente è un bene che dobbiamo sempre tutelare, ma i diritti che l'avvocatura tutela, i diritti dei cittadini, sono i cittadini che in qualche modo perdono sempre più tutela dei loro diritti di alta qualità, come è stata sempre quella dell'avvocatura italiana nel momento in cui questo mercato dovesse portare a una subordinazione dell'avvocatura italiana rispetto ad altri paesi. Io credo quindi che l'impegno che occorre avere da parte del governo, da parte del parlamento, ma da parte anche dell'avvocatura, è quello di intervenire rapidamente sia su

questi due terreni, sia sulla formazione di un nuovo ordinamento professionale, che determini un rafforzamento della qualità dell'avvocatura e una diversa selezione, un diverso controllo, più rigido controllo nell'esercizio della professione, un diverso sistema anche di ingresso nell'avvocatura, e poi anche una maggiore presenza e consapevolezza nella formazione di un diritto sostanziale che è sfuggito fino adesso, io debbo dire che l'avvocatura per esempio, e la magistratura ma in modo molto circoscritto, ha avuto occasione di occuparsi del mandato d'arresto sul quale vi è stato un dibattito assai approfondito con gli avvocati che sono intervenuti, debbo dire non per la prima volta ma questa volta in forma molto precisa, molto seria, molto rigorosa, spesso da me non condivisa fino in fondo quella posizione, però ho avuto modo di apprezzare come l'avvocatura per la prima volta si è posta come un soggetto di diritto internazionale che propone all'Italia una linea politica riguardante il mandato d'arresto europeo, meno sul problema di Eurogiast, sul terreno di Eurogiast vi è stata una controversia molto forte in Parlamento sulla natura del giudice europeo, se è un organo amministrativo o giurisdizionale. Non voglio affrontare con voi questo problema ora, il problema è che anche su questo credo che l'avvocatura deve assolutamente interloquire, se egli è un soggetto della giurisdizione come io credo, non può non intervenire perché nel momento in cui si forma questo nuovo istituto, che si chiama Eurogiast ma che certamente prefigura una sorta di procura europea, come facciamo a non avere una presenza di formazione culturale, di formazione politica, di proposta diciamo, da parte dell'avvocatura quando si va a una configurazione che non è più quella della cooperazione fra i paesi ma ad una integrazione, cioè vi è un nuovo sistema ordinamentale nel quale le specificità interne vengono sempre più attenuate rispetto a figure nuove. Queste figure nuove spesso non sono figure o istituti che corrispondono a quelle che sono le nostre specificità, le specificità italiane. Allora delle due l'una: o accettiamo passivamente i nuovi istituti per ciò che sono, talvolta sono migliori dei nostri, ci mancherebbe, oppure sono strumenti necessitati, essenziali, se andiamo a una integrazione è chiaro che non si potrà non avere, se abbiamo una Corte di Giustizia, non avere anche un sistema anche di inquirenti, di procure, di rapporti integrati tra le forze di polizia, tra magistrati dei singoli paesi. Ma a questo punto credo che l'avvocatura, come ha fatto sempre, debba essere interlocutore fondamentale nella tutela delle garanzie dei diritti dei cittadini. Questa è la funzione dell'avvocatura: quella di essere il tutore delle garanzie. Così è stato. Così è stato per il mandato d'arresto, la voce dell'avvocatura è fondamentale nella difesa di questi istituti di garanzia e di tutela dei diritti dei cittadini, se perdiamo questo modo di osservare i problemi perdiamo la nostra specificità di avvocati. Questo credo sia il momento fondamentale nel quale l'avvocatura italiana in particolare, non dimentichiamolo mai, è tra le più prestigiose che vi siano al mondo, quella che ha radici più lontane, più radicate, formazioni culturali più profonde, più rigorose, a questo punto non possiamo non dare il nostro contributo perchè gli istituti europei non si conformino anche, sia pure in una integrazione così vasta, a quelle che sono le elaborazioni della nostra storia. L'avvocatura italiana quindi ha una funzione essenziale, oggi è ancora una voce flebile, ma è una voce flebile anche il parlamento, attenzione, una voce flebile anche la

magistratura, perché il rapporto nel processo di formazione normativa è soltanto tra governi e parlamento europeo, quando arrivano da noi sono già ormai istituiti prefigurati sui quali è difficile poter incidere. Quindi è nel momento ascendente che bisogna intervenire, cioè nel momento in cui inizia il processo legislativo, l'avvocatura, il parlamento, la magistratura, gli istituti deputati debbono intervenire e partecipare a questa formazione. Se non faremo così saremo soltanto soggetti passivi che recepiscono istituti che naturalmente saranno conformati a seconda delle urgenze, delle necessità, delle pressioni o della forza con cui altri imporranno la loro visione. Siccome i sistemi sono diversi, pensate alla differenza che c'è tra avvocatura italiana e quella inglese, sono sistemi totalmente differenti, il barrister da noi non esiste, le divisioni, le competenze, che cosa deve prevalere? io credo che non c'è un problema di far prevalere l'uno o l'altro sistema, il problema è quello di discutere da pari a pari perché si arrivi a una verifica di qual è il miglior sistema che consenta la miglior tutela dei diritti del cittadino. Credo che su questo sia il Parlamento ma l'avvocatura (qui stiamo parlando tra avvocati) devono essere assolutamente impegnati perché l'Italia, il nostro paese, la nostra storia, la nostra cultura, non siano in qualche modo soggetti che recepiscono passivamente gli istituti su cui domani si formerà un nuovo ordinamento, una nuova costituzione che sarà votata la settimana prossima sui quali noi dovremo proiettare il futuro dei nostri giovani, dei futuri avvocati, dei futuri magistrati, la vita dei cittadini. Se in questo momento, in questo specifico momento non siamo in grado di partecipare in modo deciso alla correzione degli errori o alla indicazione di nuove prospettive, credo che verremo meno a un dovere fondamentale non soltanto come parlamentari ma come avvocati e appunto tutti siamo convinti che non è soltanto un soggetto della giurisdizione ma è quel soggetto che rappresenta i diritti dei cittadini, i diritti di tutti i cittadini, il principio di eguaglianza e delle garanzie di ciascuno di essi di fronte a un ordinamento che si sta ampliando e dilatando in questo modo. Questo è l'augurio che io faccio e l'impegno credo che tutti noi dovremmo avere.

---

### **Avv. Fioravante Carletti**

**Prima di passare la parola all'avvocato Battista**, volevo pregare la professoressa Vacca di presiedere lei il convegno, le saremmo grati.

### **Avv. Domenico Battista**

**G**razie presidente. Ringrazio anch'io il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma e il Centro Studi per aver organizzato questo importante convegno, sono contento di aver sentito che questo convegno sui temi europei è il primo di una lunga serie, perché il tema è estremamente vasto, come già abbiamo avuto modo di comprendere dal pregevolissimo intervento del senatore Calvi e non si può certamente esaurire in un tema specifico come quello della formazione dell'avvocato.

Quando l'amico Pierguido Stanchi, che mi dispiace essere oggi assente a cui rivolgo anch'io gli auguri di pronta guarigione, mi parlò dell'organizzazione di questo

convegno, lo fece sapendo qual era la mia attività all'interno dell'Unione Camere Penali italiane, in particolare del Centro Studi dell'Unione Camere Penali italiane, proprio sul tema specifico dello spazio giudiziario europeo. Quando mi chiese e mi propose una sorta di sottotitolo alla mia relazione, che doveva riguardare la formazione dell'avvocato penalista europeo, io gli proposi un titolo come questo: la cooperazione giudiziaria in materia penale e l'esigenza di specializzazione dell'avvocatura quale garanzia dell'effettività del diritto di difesa. Io vorrei sottolineare queste due parole di questo ideale sottotitolo: specializzazione quale garanzia di effettività del diritto di difesa. Sono due elementi strettamente collegati, non vi può essere effettività del diritto di difesa senza un avvocato che abbia dalla sua una preparazione adeguata, che conosca gli strumenti che egli ha a disposizione e per fare questo occorre ovviamente una specializzazione.

Allora cominciamo a dire che prima di parlare della formazione o quando si parla della formazione dell'avvocato penalista europeo io penso non si possa assolutamente prescindere da una valutazione preliminare, e cioè dal punto di partenza che è quello della formazione dell'avvocatura italiana, dell'avvocato italiano, non per partire da una visione nazionalistica, tra virgolette, del problema, ma siccome stiamo affrontando il problema all'interno di un centro studi dell'Ordine degli Avvocati di Roma mi sembra che verificare quello che è il criterio di formazione dell'avvocato italiano per poi confrontarlo con quello che dovrebbe essere la formazione di questo ideale avvocato penalista europeo, sia un elemento essenziale. Allora consentitemi subito di dire, lo ha già detto il senatore Calvi, io ho molto apprezzato il suo intervento perché è stato svolto in una duplice veste, sicuramente in quella di senatore della repubblica, che sappiamo essere molto attento ai problemi della giustizia, ma io nelle parole del senatore Calvi e dell'amico Guido Calvi, ho sentito la vecchia tempra dell'avvocato penalista che rimane sempre e non si lascia mai, nemmeno quando si entra in quei banchi diversi che spesso però portano a dimenticare il punto di partenza, ma Guido Calvi non lo ha fatto, e di questo gli sono grato.

Dicevo andiamo ad analizzare un momento la nostra situazione. Definire la nostra situazione come disastrosa è un eufemismo, è un eufemismo perché il problema non sono soltanto i numeri, tu dicevi stiamo per superare i 150 mila, no, li abbiamo già superati, siamo secondo l'ultima indicazione 151.470. 151.470 con un trend di aumento che è estremamente preoccupante se è vero come è vero che siamo passati dal 2000 al 2004 da 121 a 151.000, con un aumento del 25% soltanto in questi ultimi tre anni, con un conseguente problema relativo all'età, e l'età è legata necessariamente, nell'ambito di una professione, all'inesperienza, non all'impreparazione perché ci può essere un giovane avvocato preparatissimo ma certamente un giovane avvocato non ha l'esperienza che può avere un avvocato con più anni di professione alle spalle, e con un problema quindi interno alla problematica proprio della formazione che è legata alla pratica forense. Sappiamo tutti che la pratica forense, svolta più o meno fittiziamente e magari presso un avvocato che non ha nemmeno uno studio e che ha l'età più o meno della persona che deve svolgere la pratica, è una pratica destinata quantomeno a non



consentire l'acquisizione di quei valori anche di natura deontologica che sono alla base della nostra professione. La situazione è disastrosa per il rapporto che si è creato tra numero di avvocati e abitanti, abbiamo addirittura un avvocato ogni 382 abitanti, vi è un interessante prospetto che è stato predisposto dal Sole 24 ore nel corso di quest'estate, in una di quelle pagine del lunedì che sono piuttosto interessanti, che dimostrano che il rapporto avvocati-abitanti rispetto a tutti gli stati membri dell'Unione Europea è da noi il più basso, basti considerare che in Germania, dove pur ci si lamenta per un enorme numero di avvocati rispetto a quello che era il sistema di pochi anni fa, il rapporto è di 1 a 700. Se poi dopo andiamo a fare una distinzione a livello di regioni il problema diventa ancora più drammatico, mi pare che la città più gravata di avvocati, tra virgolette, sia Messina con un rapporto di 1 a 100, quindi va anche considerato tutto questo. Tutto questo è legato, è inutile dirlo, stiamo parlando nell'ambito di un convegno organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Roma, che è l'Ordine con un maggior numero di avvocati, è tutto legato anche alla problematica dell'accesso, sappiamo che tutto questo dipende dal problema dell'accesso e dal ritardo, non è una colpa che faccio certamente al mio amico Guido Calvi questa, ma io ho cominciato a svolgere la pratica forense molti anni fa purtroppo e mi ricordo di mio padre che mi diceva il nostro ordinamento professionale va urgentemente modificato perché così non si può andare avanti ed era una situazione ancora ben lungi dall'essere quella disastrosa che abbiamo davanti.

Allora cominciamo un attimo a valutare un altro profilo, che non è soltanto quello numerico, e che viceversa è più strettamente legato al problema della formazione e quindi al tema specifico che ci interessa e della specializzazione. Il dramma e il disastro, se vogliamo usare ancora dei termini che non sono pesanti di per se stesso, non li uso soltanto per dare qualche sensazione all'uditorio, è perché effettivamente il problema è drammatico e lo vediamo tutti i giorni nelle aule di giustizia. Il problema è che questi 151.470 avvocati sono anche, secondo quello che è un linguaggio che si usa adesso, sono anche dei tuttologi, cioè ciascuno dei 151.470 avvocati può svolgere qualsiasi attività nell'ambito di tutte quelle che sono i più variegati settori della nostra professione, senza che vi sia alla base alcun criterio di effettiva specializzazione. Io che faccio l'avvocato penalista da parecchi anni potrei tranquillamente andare ad esercitare davanti al consiglio di Stato, ma so perfettamente che, al di là di quello che può essere un'eventuale domiciliazione di un ricorso avanti al consiglio di Stato, al più posso sapere dove si entra, dove è l'ingresso, quale è il piano e cosa si deve fare per attendere il proprio turno, e avrei qualche difficoltà, infatti mi farei accompagnare da qualcuno. Quindi 151.470 avvocati non preoccupano soltanto per il numero ma preoccupano anche perché, essendo non previsto alcun criterio di specializzazione, possono agire in tutti i campi. Giustamente veniva evidenziato poco fa che questo campo di 151.000 avvocati è destinato ad allargarsi non soltanto per questo incremento continuo che viene dalle università, qui abbiamo la professoressa Vacca che sicuramente ci potrà dare delle indicazioni anche su quelle che è l'aumento degli iscritti e quindi quelle che possono essere le previsioni future di coloro che cercheranno di accedere alla libera professione, ma



il problema è legato anche al fatto che, essendo giustamente eliminate le frontiere ed essendo giustamente stabilito nelle direttive europee, in particolare quella del 1998, la possibilità di esercizio della professione forense in tutti gli stati membri, nel rispetto degli ordinamenti e sulla base anche poi delle normative che sono state date in attuazione di quella direttiva, noi abbiamo la legge del 2001 che ha affrontato soltanto una minima parte dei problemi, soltanto una parte relativa alle società tra professionisti, ma è soltanto il punto di partenza di uno sviluppo che è ancora necessario approfondire, dicevo tutti questi avvocati che vengono dagli stati membri hanno la possibilità, in tempi relativamente brevi e con una, tra virgolette, relativa facilità, di poter entrare a far parte degli avvocati che possono esercitare la loro attività all'interno del territorio italiano.

Allora ecco che un avvocato penalista, che crede nel processo penale e crede in particolar e nel processo accusatorio, di fronte a una situazione di questo genere si mostra ancora più preoccupato di quello che potrebbero essere altri avvocati che si occupano di altri settori. Perché? Perché la constatazione che il nostro processo accusatorio sia un processo per avvocati fortemente specializzati è una constatazione che viene dalla esperienza professionale di ogni giorno. Noi abbiamo avuto una profonda variazione nel nostro sistema processuale con l'entrata in vigore di quello che continuiamo a chiamare per semplicità il nuovo codice di procedura penale, ma ormai ha parecchi anni e soprattutto poi ha avuto tante di quelle modifiche che riconoscerlo è difficile rispetto al testo originario, è indubbio che la trasformazione del rito da processo inquisitorio a processo tendenzialmente accusatorio, ha richiesto una nuova figura di avvocato, ma è anche vero, e questo è un elemento che secondo me è poco conosciuto o quantomeno è trascurato, è anche vero che dopo la riforma dell'articolo 111 della Costituzione noi ci troviamo di fronte a un nuovo processo, se è vero come è vero che abbiamo norme estremamente tecniche ed estremamente complesse, quali quelle che ci offre la legge 63 del 2001 in tema di attuazione dei principi del giusto processo sulla formazione e valutazione della prova o la legge del 2000 sulle investigazioni difensive. Allora ecco che tutti quanti coloro che operano nel settore del processo penale fanno e si rendono conto che occorre sempre più un avvocato tecnicamente e deontologicamente preparato se si vuole fare in modo che, accanto alla esistenza della parola diritto di difesa vi sia anche quella parola che per me è essenziale, e cioè una effettività dell'esercizio del diritto di difesa idonea a garantire i diritti del cittadino, perché il problema in tutti i processi ma nel processo penale ancor di più va visto e inquadrato sotto questo profilo, il problema della effettività del diritto di difesa non va e non deve andare a garantire l'avvocato in quanto tale, ma l'avvocato in quanto rappresentante del cittadino coinvolto in un processo penale sia come imputato o indagato sia come persona offesa, e quindi il problema non è un problema di natura sindacal-corporativa, è un problema viceversa di rilevanza costituzionale, se è vero come è vero poi che l'unica professione che è indicata espressamente nella costituzione è proprio quella dell'avvocato e non a caso.

Dicevo noi ci troviamo di fronte ad una avvocatura che è autenticamente disastrosa e il legislatore se ne è reso conto, l'esigenza che è stata prospettata con la riform

ma della difesa di ufficio, al di là di quelle che sono le patologie che purtroppo stiamo vedendo in fase di attuazione anche perché non vi è stato, a mio avviso, in genere da parte dei consigli dell'ordine, un intervento adeguato a quello che la nuova normativa prevede, ma l'esigenza che si è prospettata [...]

[...] difesa d'ufficio approvata nel 2001, è stato proprio quello di sottolineare che l'effettività del diritto di difesa poteva essere garantita soltanto da un avvocato necessariamente specializzato. Noi oggi abbiamo una nuova normativa, è importantissimo sotto questo profilo l'articolo 29 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, che richiede, affinché si possa far parte degli elenchi dei difensori di ufficio, la presenza di un avvocato che deve essere necessariamente specializzato. Purtroppo, lo dicevo prima, lo ripeto ancora, purtroppo questo non si sta verificando nel modo e nel senso voluto, anche perché abbiamo di fronte quella situazione numerica che determina necessariamente un livellamento verso il basso, ed è quello probabilmente il problema più drammatico sotto questo profilo.

Noi abbiamo, nell'ambito italiano, certamente un avvocato che non è in grado di confrontarsi con il processo accusatorio. Il processo accusatorio è un processo che non può essere improvvisato, è un processo che richiede un giudice terzo imparziale, è un processo che richiede la separazione delle carriere, anche se Guido Calvi su questo sicuramente non è d'accordo, ma richiede anche un avvocato in grado di garantire effettività del diritto di difesa. Come fare questo? Certamente con una riforma dell'ordinamento professionale che è ormai imprescindibile, una riforma dell'ordinamento professionale, io sono d'accordo con Guido Calvi, che non può non passare da una difesa degli ordini, del sistema ordinistico che necessariamente ha necessità di un adeguamento rispetto alla situazione attuale, al diverso modo di conformarsi, ma se noi non creiamo una difesa sotto questo profilo, soprattutto per quelle che sono le problematiche di carattere deontologico, potremmo stare a parlare di formazione, di aggiornamento e di quant'altro quanto vogliamo in questi bellissimi convegni, ma poi uscendo da queste porte la realtà è totalmente diversa. Io vengo dal congresso dell'Unione Camere Penali che si è concluso la settimana scorsa, il grido di allarme che è stato lanciato dall'Unione Camere Penali in questo congresso è stato quello di dire a questo punto la casa brucia, non si può ulteriormente attendere e la problematica degli albi di specialità è una problematica che non può più essere tralasciata e non può più essere rinviata al futuro, se non vogliamo che la nostra professione, se non altro per effetto dei numeri, venga completamente a essere sbaragliata.

In questa situazione che io non esito a definire nuovamente abbastanza drammatica, occorre confrontarsi con le nuove frontiere che ci sono offerte dall'Europa, e ancora una volta concordo con il senatore Calvi quando viene a dirci che siamo abbastanza indietro. Mi piace questo, io sono entrato in polemica addirittura all'interno della Unione delle Camere Penali proprio su un tema specifico quale è quello indicato da Guido Calvi, e cioè sulla necessità di intervenire non quando la tegola ci arriva in testa ma prima che la tegola si formi e in maniera da fare in modo che la tegola si formi nel

rispetto dei nostri principi costituzionali e dei principi del giusto processo.

Dicevo la situazione quando la confrontiamo con la problematica europea, se è grave per la valutazione che facciamo a livello nazionale, scende a livelli intollerabili per quel che riguarda gli aspetti sovranazionali. Noi ci troviamo di fronte a una sempre più avanzata cooperazione giudiziaria in materia penale, anzi per dirla meglio noi stiamo parlando della cooperazione giudiziaria in materia penale, stiamo parlando della costruzione del terzo pilastro, ma nel momento stesso in cui stiamo ancora ponendo le basi di questo terzo pilastro stiamo già pensando al superamento dei pilastri perché voi tutti sapete che con il trattato sulla costituzione europea, il pessimo trattato sulla costituzione europea, che verrà sottoscritto con fanfare e quant'altro, e pacche sulle spalle, il 29 ottobre, tutti felici e tutti contenti, ma si arriverà in realtà a un superamento del terzo pilastro con un processo che dalla cooperazione giudiziaria passerà all'integrazione giudiziaria, senza che ancora si siano costruite le basi minime, le fondamenta minime per poter arrivare a quello che è viceversa un obiettivo che è sicuramente auspicabile.

Allora in attesa della legislazione sovranazionale che avrà efficacia diretta anche nel settore penale, così come previsto nel trattato sulla costituzione europea, noi non possiamo dimenticare un punto fondamentale che è quello delle conclusioni di Tampere. Le conclusioni di Tampere sulla necessità di creare reciproca fiducia, l'elemento fondante della cooperazione giudiziaria in sede penale è la reciproca fiducia, che trova un suo punto di attuazione nella possibilità di arrivare al mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie.

Che cosa significa mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie? Significa superamento di quel rapporto originario tra stati e quindi tra governi, e quindi tra istituzioni dello Stato per arrivare a un rapporto diretto tra le magistrature, discorso che in tanto può essere fatto in quanto appunto vi sia alla base un problema di reciproca fiducia.

Allora, per il tema del mutuo riconoscimento delle sentenze delle decisioni giudiziarie è un tema vastissimo che non posso certamente affrontare nell'ambito di questa relazione, ma è evidente a tutti che nel momento in cui ci si confronta con le sentenze e le decisioni giudiziarie che provengono dagli altri 24 stati membri, occorre, perché un avvocato possa dirsi in grado di assistere di prestare effettiva difesa, occorre una conoscenza ben chiara di quelle che sono le tematiche del diritto comparato e soprattutto quelle che sono gli ambiti nei quali le varie decisioni giudiziarie si formano e vengono a diventare poi appunto sentenze.

Ora, io vi ho fatto volutamente quel quadro un po' disastroso, o disastroso secondo come lo si voglia definire, di quello che è il problema della formazione dell'avvocato penalista italiano, per dirvi che se quell'avvocato tuttologo non è in grado di confrontarsi con la tematica del processo accusatorio, così come voluto dal legislatore con le ultime riforme, beh quello stesso tipo di avvocato ancor meno è in grado di confrontarsi con i sistemi processuali dei 25 stati membri con i quali viceversa si deve confrontare, perché non è un problema a questo punto soltanto di dire: io esercito la mia

attività nell'ambito del territorio dello stato, e quindi è sufficiente che io conosca in maniera adeguata il sistema processuale del mio stato nazionale, il sistema di diritto sostanziale e quant'altro, nel momento in cui il mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie porta a una normativa positiva negli intenti, non tanto nei modi di attuazione ma non sto parlando qui del progetto italiano, parlo della problematica complessiva, nel momento in cui si arriva alla previsione di un mandato di arresto europeo, ecco che l'avvocato che si deve confrontare, anche se si vuole confrontare soltanto in Italia con la problematica del mandato d'arresto europeo, ha necessità di conoscenze certamente maggiori di quelle che ha attualmente, di quelle che ha attualmente alla vigilia dell'entrata in vigore della normativa sul mandato d'arresto europeo, perché è vero che l'Italia è l'unico paese che ancora non ha dato attuazione alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, è vero anche – su questo credo che mi sia di conforto ulteriormente Guido Calvi che queste difficoltà sono state dovute anche alla necessità di doversi confrontare col nostro ordinamento costituzionale, quindi a non dover abbassare la guardia oltre i limiti della nostra costituzione, ma quella normativa è prevedibile che verrà approvata definitivamente nel giro di pochi settimane se non addirittura di pochi giorni, allora noi ci troveremo ad affrontare, da qui a breve, l'arrivo di un mandato di arresto europeo e se dovremo dare effettiva difesa al nostro assistito, non potremo non conoscere, proprio anche per la struttura che è stata data alla legge di attuazione del mandato d'arresto europeo, non potremo non conoscere il sistema processuale dello stato nel quale viene emesso un provvedimento di questo genere. Ma senza poi considerare che con gli altri provvedimenti che sono già allo stato di decisioni quadro o che sono a livello di proposte di decisioni quadro, parlo dei provvedimenti di sequestro collegati alla confisca, o la proposta di decisioni quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove, abbiamo tutto un ulteriore campo che non è soltanto quello della libertà personale sul quale doverci confrontare e sul quale la conoscenza degli altri sistemi processuali è un qualche cosa di assolutamente necessario per poter esercitare un effettivo diritto di difesa.

Diceva Guido Calvi bisogna lavorare prima. Hai ragione perché bisogna a mio avviso lavorare addirittura prima ancora che si formino i libri verdi che sono alla base delle proposte di decisione quadro che sono alla base poi delle successive decisioni quadro, mi fa piacere vedere l'assenso di Vania Cirese che è una dei pochi avvocati italiani che in questo campo è effettivamente protagonista e sa perfettamente a cosa mi intendo riferire e quali sono le problematiche che sono ad esse connesse, ma mi piace anche che sia presente qui il dottor Davide Iori che al livello del ministero delle politiche comunitarie si è dato molto da fare in questo campo e mi auguro che continuerà a darsi da fare perché è un tema legato proprio alla conoscenza tempestiva di quel che accade in Europa, che poi può portare a una presenza attiva o non attiva dell'avvocatura nel momento della formazione della normativa. A livello di libri verdi ci si è resi conto per esempio il libro verde sulle sanzioni o il recentissimo libro verde sulle misure alternative alla detenzione (?) basta leggere quel libro verde per rendersi conto di quanto variegati siano i sistemi processuali dei 25 stati membri e quindi quante diversità vi sono e

quindi quanto è difficile a questo punto esercitare in maniera adeguata la professione forense, dovendosi confrontare con un tipo di normative che arriva direttamente perché il mutuo riconoscimento fa sì che i provvedimenti giudiziari esteri, così come anche i nostri emigreranno all'estero ma i provvedimenti giudiziari esteri arriveranno con una efficacia diretta.

Allora come formare un avvocato non europeo, forse è sbagliato parlare dell'avvocato europeo come di un qualche cosa di sovranazionale, no un avvocato italiano proiettato in Europa ma lo stesso problema è un problema che hanno sicuramente gli altri stati membri.

Qui il problema si fa certamente difficile. Si fa certamente difficile perché scontiamo sicuramente un forte ritardo nella presa di coscienza di una problematica di questo genere. Io penso che certamente il primo passaggio deve essere quello dello studio, dell'aggiornamento, e questo non può che passare anche dalle università, io ho l'onore di far parte della scuola delle professioni legali della università Roma 3, qui abbiamo presente la preside dell'università Roma 3, l'Università Roma 3 è sicuramente una università all'avanguardia su questo tema, basti pensare che ha organizzato una convention sulla formazione dell'avvocato europeo già un anno fa evidentemente ben consapevole dell'esistenza di questo problema. Ecco io mi domando (e vorrei una risposta dalla professoressa Vacca e anche dal professor Gentili) se effettivamente a livello poi non soltanto della Università Roma 3 ma a livello del mondo accademico, vi è coscienza reale di questo tipo di problematiche e quindi della necessità di far uscire dall'università un avvocato che abbia già determinate basi che gli consentano di specializzarsi poi nel settore penale e nel settore relativo poi alle problematiche che sono connesse all'Europa. Quindi credo che tutti quanti sfondiamo una porta aperta dicendo che occorre studiare di più, occorre prepararsi di più, occorre una migliore università, occorrono migliori studi, certo questo è pacifico, io credo che però il problema deve essere anche un problema che vada valutato da un punto di vista politico, politico tra virgolette, di politica della giustizia, io credo che occorra sempre di più cercare di creare una coscienza dell'avvocato penalista che abbia ben chiaro il valore del ruolo della professione dell'avvocato penalista, della funzione dell'avvocato penalista, certo sotto questo profilo le visioni di tipo, tra virgolette, mercantile, di cui viceversa si sente sempre di più parlare in conseguenza anche del grandissimo numero di avvocati di cui abbiamo parlato prima non è incoraggiante sotto questo profilo, né è incoraggiante quello che viene dall'Europa se pensiamo che l'avvocato in Europa è considerato come un'azienda e come un'impresa, per cui tutte le problematiche relative alla non concorrenza vengono proiettate nella professione forense come se un voler impedire di esercitare la professione forense a coloro che non hanno i mezzi e gli strumenti per svolgere la professione forense, sia un qualche cosa che violi il patto di non concorrenza e quindi determini una problematica di genere del tutto diversa di quella che noi stiamo affrontando. A livello europeo vi è un codice deontologico europeo che ha recepito sicuramente molto del codice deontologico forense, anche sotto il profilo dell'obbligo di informazione, dell'obbligo di aggiornamento, dell'obbligo deontologico di accettare un mandato sol-

tanto quando sia in grado effettivamente di svolgerlo, però sappiamo tutti che per fortuna si è redatto un codice deontologico forense, sappiamo tutti che il consiglio nazionale forense, i singoli ordini fanno molto su questo punto, ma che nonostante questo la situazione è quella che constatiamo ogni giorno.

L'avvocato deve a mio avviso crescere con la consapevolezza di essere garante del rispetto dei diritti, e con a questo punto anche, se voi mi consentite, una sorta di ribellione, viceversa, a quel concetto di avvocato che nasce dall'Europa, una sorta di ribellione contro i limiti del diritto di difesa che viene dall'Europa. Abbiamo detto della costituzione europea che verrà firmata a suon di tante fanfare il 29 ottobre, in quella costituzione europea il settore diritti è un settore che è stato totalmente dimenticato, il settore diritti è stato recepito unicamente richiamando i principi della Carta di Nizza, sono bei principi ma sono dei principi vuoti, sono delle dichiarazioni di principio, scusate il bisticcio di parole, quando mi si dice che il diritto di difesa è garantito, punto e basta, beh io la confronto questa norma della Carta di Nizza recepita nel trattato sulla costituzione europea, lo confronto con il nostro articolo 24 della Costituzione e dico quanto è ancora distante l'Europa rispetto all'Italia e l'articolo 24 della nostra costituzione ha qualche anno alle spalle.

Ma quello che è grave è il concetto stesso di avvocato che nasce nelle varie decisioni, e qui l'avvocatura deve intervenire, deve intervenire in maniera forte e massiccia, dovrebbe intervenire tutta l'avvocatura europea, non soltanto l'avvocatura italiana, forse l'avvocatura italiana potrebbe essere all'avanguardia su questo punto perché certamente vi è una maggiore coscienza di una problematica di questo genere, ma quando io vedo nella costruzione del terzo pilastro che si affrontano tutti i problemi che sono relativi al momento della repressione, si inizia col mandato d'arresto europeo, con la confisca, col mandato europeo di ricerca delle prove e si mette da parte, viceversa, tutto ciò che riguarda i diritti, tutto ciò che riguarda la tutela dell'indagato o dell'imputato, non posso non essere preoccupato. Noi a livello di tutela dei diritti abbiamo soltanto in questo momento una proposta di decisione quadro del consiglio del 28 aprile 2004, in materia di determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Europa. Vi dico subito che a livello del Parlamento europeo, del vecchio parlamento, vi è stato anche uno scontro tra le varie commissioni sulla esigenza di dare priorità a questa decisione quadro rispetto ad altre proposte di decisione quadro che è stata una commissione che ha dato l'altolà al mandato europeo di ricerca delle prove se prima non si arriva a consolidare quella che è la tutela dei diritti. Se volete avere la dimensione di che cosa, di quale considerazione ha l'avvocato in Europa, andatevi a leggere quella che è la relazione a questa proposta di decisione quadro, e vedete una frase che potrà far sorridere, ma che è dimostrativa viceversa deve essere un segnale di allarme per noi che abbiamo una cultura della difesa ben più ampia di quella che emerge da questa frase. Tutti gli indagati, è scritto in questa relazione, tutti gli indagati sono in una posizione migliore nel caso in cui siano assistiti da un avvocato, e di conseguenza è più probabile che i loro diritti saranno rispettati in quanto il difensore è a conoscenza degli stessi e potrà vigilare sulla loro osservanza, perciò era importante inserire tra le norme



il diritto all'assistenza legale.

Io qualche giorno fa in un altro intervento ho detto: è meglio essere ricchi e in buona salute che non poveri e malandati, sostenere che è meglio avere un avvocato che non averlo è un qualche cosa che ha valore (consentitemi di usare questo termine) primordiale per la nostra cultura giuridica della tutela dei diritti di difesa, ma quando dalla redazione passiamo poi all'articolato, allora viceversa le preoccupazioni non sono più soltanto preoccupazioni ma sono grida di allarme. Perché? Perché, ricordatevi la carta di Nizza ci dice "il diritto di difesa è garantito", punto e basta. Affermare che il diritto di difesa è garantito è semplicemente una petizione di principio che poi necessita di riempimento, allora quando il riempimento avviene in questi termini, e cioè si dice il diritto all'assistenza legale, ciascun indagato ha diritto all'assistenza legale al più presto possibile e nel corso di tutto il procedimento penale qualora esprima l'intenzione di volerne beneficiare. Attenzione che in questa frase ci sono già tre elementi gravissimi, e cioè "prevedere che si ha diritto all'assistenza legale al più presto possibile" significa che non è delimitato il momento di inizio della tutela legale, mentre noi sappiamo perfettamente qual è la situazione che abbiamo all'interno del nostro ordinamento. Bontà loro una volta che è iniziata l'assistenza legale è prevista per tutta la durata del procedimento penale, però poi c'è questo inciso "qualora esprima l'intenzione di volerne beneficiare", allora a questo punto suonano tanti campanelli d'allarme a difesa della nostra costituzione, vengono in mente i processi delle Brigate Rosse, viene in mente la figura dell'avvocato Croce morto per tutelare il diritto di difesa nonostante tutto, vengono in mente tutte le problematiche relative all'autodifesa. Ma veramente l'Europa pensa di farci tornare indietro e farci tornare all'autodifesa? Sì, è proprio così, perché il problema del "qualora esprima l'intenzione di volerne beneficiare" è un qualcosa che viene specificato nell'articolo 3, sull'obbligo di fornire l'assistenza legale, nonostante l'indagato abbia il diritto di rifiutare l'assistenza legale, e allora qui c'è un rafforzativo di quel "qualora" espresso prima, cioè vi è una conferma che a livello europeo non si pensa all'obbligatorietà dell'assistenza difensiva, nonostante l'indagato abbia il diritto di rifiutare l'assistenza legale o di difendersi da solo – e qui me lo scrivono proprio chiaramente l'autodifesa e l'autodifesa ha detto la Corte Costituzionale è contraria al dettato della nostra costituzione – per taluni indagati l'assistenza legale è necessaria onde garantire un processo equo. Cioè si crea un doppio binario tra coloro che potrebbero rifiutare l'assistenza legale e potrebbero difendersi da soli e taluni indagati per i quali viceversa comunque viene riconosciuta la necessità dell'assistenza legale. Quando andiamo al comma successivo e ci viene chiarito quali sono i casi per cui per taluni indagati non è ammessa l'autodifesa, la mia preoccupazione che già sto manifestando fin dall'inizio del mio intervento, diventa massima perché mi si dice che deve essere garantita o detenuta in custodia cautelare prima del processo (e meno male) poi però deve essere anche garantito quando qualcuno venga formalmente accusato di aver commesso un reato che si inserisce in un contesto complesso dal punto di vista dei fatti o del diritto, per il quale viene comminata una pena severa. Vedete che siamo nel massimo totale dell'indeterminatezza, cioè noi lasciamo a un futuro giudice dover stabilire



se sia necessario o meno la assistenza legale, qualora il caso in questione sia inserito in un contesto complesso da un punto di vista di fatti. Ora tutti quanti possiamo andare a pensare, non so, al maxi processo, sicuramente vi è un contesto complesso da un punto di vista dei fatti, ma sappiamo perfettamente che anche i reati di natura magari bagatel-lare possono essere inseriti in una situazione particolarmente complessa ma, ripeto, da parte nostra penso che non ci possa essere alcuna situazione di differenziazione.

Per dire un ultimo passaggio che è strettamente legato al tema di cui stiamo parlando: obbligo di garantire l'effettività dell'assistenza legale. Io vedo finalmente obbligo di garantire l'effettività dell'assistenza legale e comincio a dire: forse anche in Europa si pensa come la penso io, visto che ho iniziato parlando di effettività. Poi però leggo che gli stati membri garantiscono che solo gli avvocati come definiti dalla direttiva del 1998 abbiano titolo a fornire assistenza legale, cioè tutti gli avvocati, e qui è il gatto che si morde la coda, ma quello che veramente mi preoccupa, noi abbiamo ottenuto una riforma della difesa d'ufficio che ha tanti difetti, come ho detto prima, ma che ha dalla sua, viceversa, un elemento fondamentale, e cioè di aver tolto al giudice la scelta del difensore, la scelta del difensore di ufficio avviene con dei parametri oggettivi da parte del consiglio dell'ordine. E cosa mi risponde l'Europa su un problema di questo genere? Gli stati membri devono garantire l'esistenza di un meccanismo che preveda la possibilità di sostituire un avvocato nel caso in cui l'assistenza legale non sia effettiva. Attenzione alle parole, però se questo volesse significare a monte l'avvocato può esercitare nell'ambito di un processo penale soltanto se è in grado di garantire l'effettività del diritto di difesa e quindi se un avvocato specializzato io una norma di questo genere la sottoscriverei e applaudirei per primo, ma siccome qui il significato è assolutamente diverso, e cioè vi è una previsione che un giudice possa stabilire che io, con la mia linea difensiva, non sto dando idonee garanzie di effettività del diritto di difesa, ecco che a questo punto non ci capisco più niente rispetto a quei canoni sui quali ho studiato, sono cresciuto e spero di poter continuare a proseguire la mia attività professionale. E quindi veramente concludo dicendo ed evidenziando che bene ha fatto il consiglio dell'ordine ad evidenziare le necessità di parlare di formazione dell'avvocato europeo, ma che accanto al problema della formazione dell'avvocato europeo in quanto tale, e cioè della sua specializzazione, della sua capacità di aggiornamento, della sua capacità della conoscenza, esiste anche un altro problema che è quello legato tout court alla difesa della figura dell'avvocato intesa come noi la intendiamo dopo anni di vigenza dell'articolo 24 della costituzione.

---

### **Avv. Fioravante Carletti**

**Grazie dottor Iori.** Abbiamo visto entrare il dottor Luigi Scotti, presidente del tribunale di Roma che ringrazio moltissimo di esserci venuto a trovare. Ci faccia l'onore di presiedere questo convegno fino alla fine.

Abbiamo quasi finito, vorremmo sentire lei e dobbiamo ancora sentire l'avvocato Galliani e l'avvocato Cappello.

**Avv. Riccardo Cappello**

**A**vevo articolato diversamente, mi ero predisposto alcuni appunti, solo che sono saltati perchè a questo punto, dopo tante relazioni così perfette, così organizzate, così organiche non mi resta che spigolare tra le varie cose, dando qualche provocazione. E partendo proprio dal discorso che il consigliere Iori parlava di Rifkin. Rifkin chiaramente vede nell'Europa la possibilità di realizzare quel sogno americano che sembra fallire, però non vede in tutta l'Europa, vede una parte trainante dell'Europa che è quella che viene regolata dal regime di common law, perché in effetti il problema dell'Europa è che sussistono due legislazioni completamente diverse, una che va a rimorchio dell'altra perché c'è una che ha un diritto prestrutturato, e quindi che la norma è legge, c'è il comando del sovrano, un altro tipo di legislazione dove man mano che si creano delle situazioni vengono strutturate e il precedente fa stato. Quindi questo è il fenomeno fondamentale che divide le due parti dell'Europa. Però c'è una cosa: vista la prevalenza di penalisti, c'è un qualcosa di divertente che bisogna inizialmente dire, noi stiamo parlando di un diritto ormai globalizzato, la globalizzazione del diritto ha messo i mercati fuori dagli stati per cui lo stato non regola più il mercato, il mercato va per i fatti suoi e si fa le sue regole man mano che va. E allora come quei carri armati che andavano in Normandia, che man mano che camminavano sminavano il terreno. E allora a questo punto bisogna prendere atto che tutte le lungaggini che sono necessarie per risolvere le questioni italiane, e per metterci al passo con i tempi, diventa un discorso di rincorsa, per cui bisogna assolutamente cambiare l'ottica da cui ci si pone. Facciamo un esempio. Sono nate tantissime giurisdizioni, c'è l'Alta Corte di Giustizia europea, ad esempio, per difendere di fronte alla quale non è necessario avere l'iscrizione in alcun albo; per assistere di fronte alle varie giurisdizioni internazionali non è necessario essere presenti in un albo. Noi abbiamo la cosa simpatica di Johnny il molisano, l'avvocato Di Stefano, che praticamente fattura 90 mila sterline a settimana, difende Milosevich, però non è mai stato iscritto a nessun albo ed ha uno studio legale internazionale a Londra. E allora noi bisogna che a questo punto ci cominciamo a domandare di che parliamo, perché se noi stiamo parlando di costruire un'Europa, con i tempi che ci vogliono, noi siamo fuori dal mondo.

Un altro esempio. Noi abbiamo l'accordo multilaterale sugli investimenti, che consente a tutte le imprese, comprese quelle giuridiche, perché l'avvocato è un'impresa, non è in discussione che cosa sia, siamo noi che non vogliamo prenderne atto e non vogliamo rinunciare in nome della figura romantica dell'avvocato al fatto che siano imprese, ma proviamo a domandare ai giovani che sono più interessati, se sono o meno interessati al profitto quando intraprendono questa professione. E allora vedremo che secondo me il profitto non si può demonizzare se crea occupazione e risolve i problemi sociali. Allora noi ci troviamo di fronte a un'Europa che cammina piano, che si trova di fronte a queste situazioni. Io mi ricordo che nel 1987 feci un seminario a Boston dove un avvocato, americano [...]

[...] il suo studio, quando c'era stato il fatto di Grean Peace e della Warrior, si era offerta di assistere gratuitamente Grean Peace, anticipando tutte le spese. Prese il dossier, lo studiò, lo esaminò, andarono in una banca americana e gli dissero: guardate noi abbiamo il 70% di possibilità di vincere questa causa, i costi sono alti, perché il tribunale di Ginevra, e le perizie da fare a Murroi, in pieno Atlantico. La banca li finanziò, loro fecero il lavoro, e si divisero 8 milioni di dollari alla fine. Allora l'avvocato perde la sua dignità, il suo carisma e la sua indipendenza se lavora in questo modo o no? Io naturalmente sono nato in uno studio prestigioso, ordinistico al mille per mille, sono cresciuto insieme all'avvocato Domenico Battista, ho vissuto imparando che cosa è la deontologia, che cosa è fare l'avvocato, con una perfezione forse eccessiva, però ora i tempi sono cambiati, non possiamo fare finta che non sia cambiato niente, non possiamo pensare di andare avanti guardando con lo specchietto retrovisore. Allora ci troviamo di fronte a una realtà che è questa: 20 mila miliardi di vecchie lire, che sono quello che noi importiamo di consulenza legale dall'estero, e 150 mila iscritti all'albo, che cercano di trovare uno studio dove fare pratica, dove poi devono fare un esame secondo una legge del 1944, dopo un tirocinio fatto secondo la legge del 1944, partecipare a questi esami, dove l'unica innovazione che il legislatore ha introdotto è il sorteggio. Cioè ha sostituito al turismo degli studenti il turismo dei compiti. Allora a questo punto come si fa un discorso della formazione? Noi dobbiamo pensare a un discorso dei giovani perché la formazione riguarda i giovani, dobbiamo pensare alle università, all'ambiente culturale in cui si crescono questi giovani che vanno all'università, perché qui non esiste la filosofia del campus. E allora noi diciamo: facciamo la formazione, benissimo, ma qui il primo problema non è chi la fa, è come si fa, a cosa serve e cosa fanno questi ragazzi dopo aver fatto la formazione, perché dopo aver fatto la formazione non sanno cosa fare, vanno cercando uno studio, si iscrivono a un albo sperando di avere dei clienti, e con un sistema frammentario come questo diventa una caccia spietata dove non si può pretendere su 160 mila studenti di controllare la deontologia, diventa una cosa folle pensare di poterlo fare. E allora bisogna vedere come organizzare la formazione. Chi la fa, l'università? la fanno gli studenti? Non è importante questo, il problema è che in America ci sono 70 mila università, cioè 3.800 università, ogni 70 mila ce ne è una, però uscire dal Mit o uscire da un'altra università non è la stessa cosa, perché chiaramente il valore della laurea non è uguale. E allora come si fa? dando l'autonomia di selezionare gli studenti e i docenti, ma dei docenti che facciano i docenti però, o la filosofia del campus. Cioè parlare di mercato in una società come questa secondo me la continuità col mercato non è offensiva per noi, anzi, come diceva Iori prima, il fatto di essere inseriti in un contesto di mercato non ci diminuisce, aumenta la nostra importanza perché oggi nessuna classe sociale si può chiamare fuori dalla realtà, nel fare squadra, quando si parla facciamo sistema, ormai un paese va avanti tutto, non può andare avanti una parte e andare indietro un'altra. Quindi se va avanti tutto deve andare insieme con gli avvocati perché la professione legale è uno dei tasselli fondamentali del sistema, non può essere tagliato fuori, dice no, noi non c'entriamo, siamo autoreferenti e allora cosa

facciamo? facciamo gli esami, le commissioni le facciamo noi, gli ordini li controlliamo noi, l'università bisogna che la facciamo noi, la formazione la facciamo noi, la certificazione la facciamo noi, la deontologia la facciamo noi. Cioè secondo me la forza di un ordine in questo momento è quella di riuscire a rinunciare a qualcosa per fare meglio qualcos'altro. E allora in questo contesto cosa si può fare? prima di tutto bisogna, pur ragionando in maniera graduale, cercare di seguire il modello inglese, il modello americano, perché sarà pregevole però la realtà non si può ignorare, non possiamo far finta che non è successo niente, ci piace o non ci piace il modello è quello, e a questo ci si deve attenere soprattutto chi ha responsabilità di guidare altri. Cioè intendiamoci io non farei mai la pubblicità al mio studio facendomi fotografare, però se un'altra personale volesse farlo non vedo perché impedirglielo, perché noi siamo imprese, operiamo come degli imprenditori, domandatelo a quelli che affrontano i costi per avere uno studio, vediamo se siamo imprese o no. E allora noi abbiamo tutte le attività imprenditoriali, quale vantaggio, io proprio parlo di vantaggi pratici, qual è il vantaggio pratico che un avvocato dice "io difendo la mia autonomia perché così non sono autonomo, se lavoro in una struttura centralizzata, se lavoro dove siamo 2.800 non sono autonomo". Non sono autonomo da che? non nel difendere il cliente, non sono autonomo perché non ho gli orari, però lavoro in un contesto attrezzato, e secondo me quella è la vera autonomia che mi dà la possibilità di resistere alle tentazioni di andare contro oltre la deontologia. Del resto ci sarà pure un motivo se gli studi americani vengono qui e noi non andiamo da nessuna parte, cioè uno bisogna che se lo domandi questo, non può far finta di fare un discorso di come funzionano le cose, di come avrebbero dovuto essere cercando di camminare in avanti guardando lo specchietto retrovisore. Il discorso dell'intuitus personae è finito, la simmetria informativa non esiste più perché ormai il cliente è sempre più un'impresa, un'azienda, quindi non è che l'imprenditore, che Milosovich si fa difendere da Di Stefano non sapendo chi sia, possiamo dire che è un criminale ma non che sia uno stupido, quindi che non può valutare le prestazioni o non sa scegliere un avvocato. Quindi abbandoniamo certi criteri, cominciamo a ragionare sul serio, come si fa la mobilità? come si può attuare la mobilità in una situazione dove già c'è, per cui cosa succede? Non ci dimentichiamo che Internet ha scardinato completamente gli albi. E allora cosa succede? Che uno studio americano fa pubblicità, e la pubblicità ha gli effetti nel paese dove arriva, e lui la può fare liberamente da lui, e arriva in Italia dove è vietata. E allora cosa significa? che io non posso fare la pubblicità e lui sì! perché poi si traduce in questo: qual è la convenienza a dire non si può fare? qual è la convenienza a dire "manteniamo ..."? No, studiamo degli altri percorsi, perché ci sono, perché gli italiani, come diceva prima il consigliere Martellino, non parlano nella sede europea, ma forse non parlano perché in Europa non contano niente. Perché chi conta sta zitto e fa le cose, chi non conta deve parlare, almeno esce sui giornali. Quindi brutalmente è questo il succo. Allora cominciamo a vedere, vogliamo seguire un discorso serio di programmazione? si può fare gradualmente, però gradualità significa che se si vuole fare un percorso, si inizia quel percorso e non si va zigzagando, cioè noi non

possiamo deragliare da certe cose, cioè non è possibile che ci siano 5.000 taxi che mettono in crisi l'Italia, perché dov'è la concorrenza? Allora si va da un salto all'altro col solito principio: l'italiano si salverà sempre ma l'Italia mai. E allora cosa facciamo? Vediamo un attimo di studiare che cosa si può fare per cambiare il sistema, soprattutto per i giovani. Cominciamo a ragionare in termini di certificazione. Ci sono gli enti mondiali di certificazione, che cosa fanno? Non dico che sia il sistema perfetto, però è l'unica strada per garantire la mobilità, perché un avvocato che si voglia spostare non incontra più ostacoli perché basta che con internet telefona al suo centro in America e quello gli dice le ultime leggi, le ultime sentenze, gli dice tutti, ci sono degli studi a Milano che sono non avvocati, che hanno un centro a Chicago, tu gli dici: io ti do un contratto da fare per l'Indonesia, il giorno dopo mi arriva, 24 ore dopo con un contratto, con tutte le clausole: quelle obbligatorie, quelle vietate e la legislazione, ed è finito, e quindi non ha bisogno di fare perché c'è tutta una larga fetta di consulenza che naturalmente sfugge e sfugge all'avvocato perché l'avvocato non ha l'esclusiva della consulenza, se poi vogliamo dire che ce l'ha lo diciamo, però non ce l'ha. Quindi a quel punto la parte più importante sfugge. Allora il problema è: facciamo un percorso certificato, ma il percorso certificato non va fatto fra noi, facciamo con tutte le altre componenti del mercato perché noi al cliente non gli possiamo dire paga e stai zitto, perché se non paghi ti mando la fattura vista dall'ordine, questo non esiste, c'è il discorso tariffe, ma quando mai uno che c'ha un cliente, una banca e la banca gli dice gli applichi le tariffe, ti dice quando ti dà e tutti dicono sì, e non mi venite a raccontare che non è vero. Quindi a questo punto facciamo un percorso certificato, quel percorso certificato viene qualificato da una parte terza, questo è il procedimento di certificazione, c'è un organismo di certificazione e ce ne è uno europeo, che garantisce la qualità dei certificatori di ogni singolo stato nazionale. Il percorso certificato va fatto coinvolgendo tutte le altre componenti del sistema. Io ve lo dico perché noi come Agiconsult l'abbiamo fatto, noi abbiamo fatto un percorso certificato insieme ad una università, insieme all'Unaep, insieme a un'associazione di giovani avvocati, insieme a un'associazione di consumatori, abbiamo fatto un percorso qualificato, con le caratteristiche che devono avere i docenti e con le caratteristiche che devono avere i discenti per poter partecipare. Quindi se ha quelle caratteristiche il corso lo può fare chiunque, qualsiasi università, qualsiasi società, deve avere quelle caratteristiche, quella qualifica. Alla fine del percorso c'è la certificazione, e ogni due anni c'è l'obbligo di fare la verifica dell'aggiornamento professionale. Non è più sostenibile che io faccio i corsi e io controllo che siano fatti bene. Il problema della scuola italiana è questo, perché questi professori bocchiano gli studenti è come se dicessero che loro non hanno capito niente e che hanno insegnato male. Quindi è un discorso che si morde la coda, stiamo sempre a parlarci addosso e che decidiamo fra noi se quello che abbiamo fatto è giusto o no. Cioè secondo me il discorso va fatto con l'esterno, noi dobbiamo aprire all'esterno, ma non parlo di un fatto mercantile, che non è trascurabile ma c'è, io parlo di un fatto di interesse di un avvocato ad aprire il mercato perché il mercato ha bisogno di avvocati, ha bisogno di gente preparata, ma questa preparazione non può essere autoreferente, dice perché il corso è buono?

Perché l'ho fatto io. Beh ma questo non c'entra niente perché è chiaro che se lo fai tu dici che è buono, è come se il medico e il farmacista sono la stessa persona, ad un certo punto il medico ti ordina le cose che hai interesse a vendere come farmacista, allora è finita la storia. Anche se non è così però non è credibile che non sia così, perché sorge sempre il sospetto, possiamo anche essere ente pubblico ma sorge sempre il sospetto nella gente che noi tuteliamo gli interessi dell'appartenente all'albo. Questo è il problema. Non è così però il sospetto la gente ce l'ha sempre. Dice ma quello è iscritto pure lui, cioè qui bisogna avere il coraggio di tagliare questo meccanismo, non possiamo usare, come diceva Iori prima noi siamo imprese o non siamo imprese, non possiamo usare la terminologia del codice civile italiano per tradurre le sentenze comunitarie, perché altrimenti finisce, cioè allora non ha più senso, ognuno si traduce come vuole. Noi stiamo zitti perché? Perché gli altri paesi sono già aperti, cioè tutti i paesi, l'Inghilterra, la Danimarca, la Svezia, sono tutti aperti, noi stiamo cercando di chiudere, ma mi dite qual è l'interesse pubblico a che ci sia un certo numero di farmacie? L'interesse pubblico è che ce ne siano di più, non è interesse pubblico, noi contrabbandiamo per interesse pubblico quello che è l'interesse del farmacista di garantirsi il guadagno. Non è, è inutile contrabbandare, questo discorso noi, fra avvocati, io sono avvocato, mi sento avvocato, e sono orgoglioso di esserlo, ma questi discorsi tra noi dobbiamo dirceli, non possiamo girare dietro il problema cercando di avere più chiusure possibili. La fortuna dell'avvocato, la forza dell'avvocato sarà nella sua capacità di aprirsi al nuovo, di creare queste linee guida, infatti se vedete lì quelle non le ha fatte Agiconsult, quelle le ha fatte l'associazione nazionale della qualità, quelle linee guida. E quello è un percorso dopo il quale tu puoi raggiungere, vedere quali sono le cose che deve fare uno studio legale per essere organizzato. Sono perfettibili, però quello è il percorso, può anche essere sbagliato però per arrivare ad un avvocato europeo, che sia in grado di competere con questi grossi studi, noi dobbiamo essere impresa perché essendo impresa noi abbiamo accesso al credito facilitato, ma anche agli artigiani è stato consentito di fare l'impresa artigiana per sottrarre ai rischi quello che hanno accumulato nel corso di una vita. Ma loro lo possono fare e noi no?! Cioè noi qui dobbiamo parlare in termini che ormai il mercato si è aperto, e quindi con un mercato aperto tutti possono venire e si crea una discriminazione al rovescio in cui si crea uno stato che invece di difenderci le barriere che ci hanno messo per proteggerci sono diventati gli ostacoli per ostacolarsi. Allora a questo punto se vogliamo effettivamente affrontare il problema individuiamo un altro discorso perché a noi non mancano né le professionalità, né le capacità, né l'intelligenza, manca soltanto l'informazione, manca soltanto che tutti, specialmente i giovani, sappiano quello che sta succedendo nel mondo e comincino a misurarsi con gli altri, ma non a misurarsi nascondendosi ma misurandosi in un mercato dove la concorrenza purtroppo non vi piace, però è l'unico strumento di misurazione che garantisce la qualità, perché il mercato non è il mercato in se stesso, il mercato non può essere una cosa disordinata, il mercato io intendo un campo dove ci sia qualcuno che lo tenga arato, che controlli che l'arbitro non spari, perché se no non è più mercato, allora



lasciamo perdere e parliamo di un'altra cosa, però secondo me noi dobbiamo vedere per i giovani questo percorso che è l'unico che garantisce un futuro, tutte le altre filosofie sono cose bellissime, ma l'avvocato romantico è finito, ormai è un avvocato che vive nel mondo degli affari, si confronta nel mondo, risponde ed ha i vantaggi di tutto un sistema di mercato in cui siamo tutti parte. Grazie.

---

### **Avv. Vania Cirese**

Io ringrazio innanzitutto il presidente del Consiglio dell'Ordine forense di Roma, il coordinamento, il Centro Studi, il rappresentante degli atenei illustri e i relatori illustrissimi che mi hanno preceduto i cui interventi ho ascoltato con estremo interesse. Ringrazio anche i partecipanti, augurandoci anzi che siano sempre più numerosi, perché questo è sicuramente uno spunto di riflessione che poi va coltivato, che non deve assolutamente finire oggi, ed è con grande soddisfazione che noto che è finito il tempo dell'assenteismo, proprio per parlare di un argomento che ha toccato proprio ora il consigliere Martellino, dalla scena europea da parte dei giuristi italiani e della classe forense, del giurista italiano in particolare della rappresentanza di Roma. E' con estremo interesse e con estrema soddisfazione perché con un atteggiamento a volte di sfida negli anni 80 alcuni avvocati del foro di Roma e alcuni magistrati, di iniziativa personale, raccoglievano l'invito della commissione europea e andavano a verificare personalmente le condizioni dell'Europa dove l'Italia era estremamente assente, e soprattutto di questo spazio giudiziario che si andava creando, a nostra insaputa e malgrado la nostra assenza.

Sicuramente l'assente ha sempre torto, e quindi è bene che noi si sia interattivi, protagonisti, anche perché i giuristi italiani, con la solida cultura e la tradizione alle spalle, qualora guadagnassero terreno, sicuramente potrebbero essere propositivi e di stimolo. E' stato ricordato il corpus iuris, io ho avuto l'occasione e l'onore di far parte di quei lavori, la commissione era allargata, vi era la professoressa Mirelle Martid che poi ha dato il nome al progetto, ma vi erano tanti illustri professori e magistrati, avvocati (Bazzicalupo, Grasso, Spenser per citarne qualcuno) e ho seguito nei tempi questi lavori perché facevo parte di una sottocommissione, molto umile, in punta di piedi, mi era stato affidamento il coordinamento che, guardacaso, si occupava dei diritti umani e soprattutto dei diritti della difesa, sottocommissione che portò le sue osservazioni al progetto, quindi all'empireo, al summit, ed ebbe anche naturalmente successo. Dico "naturalmente" perché lavorò strenuamente. Quindi furono recepite le osservazioni di questa commissione, ma era una sottocommissione, lavorava a latere, dietro le quinte. Oggi invece vediamo che nello scenario europeo i diritti alla difesa, i diritti umani in primo luogo, i diritti alla difesa in secondo luogo, hanno riguadagnato terreno, e questo poi noi lo avevamo segnalato come poi fondamento di legittimità, cioè quello spiraglio per colmare il deficit democratico dell'Unione Europea, quindi quel fondamento di legittimità dell'espansione di alcuni poteri dell'Unione Europea. E allora permettetemi un brevissimo excursus su questa (mi sia consentito il neologismo) europeizzazione della giustizia, per arrivare a toccare un po', a cogliere alcune tappe della europeizza-



zione della professione forense, poi per arrivare a degli spunti di riflessione, e anche a qualche spunto propositivo. I dibattiti dottrinari e tutte le recenti esperienze giudiziarie hanno evidenziato come il problema della cooperazione penale investa in misura sempre maggiore i paesi dell'Unione Europea, per l'evoluzione della criminalità verso dimensioni transnazionali e per l'aumento di richieste di assistenza e coordinamento tra Stati, tanto che le sezioni comunitarie hanno dovuto farsi sempre più carico di questo fenomeno, proprio perché incide inevitabilmente e sull'integrazione, e sulla realizzazione di un'area comune di libertà sicurezza e giustizia. Possiamo distinguere nell'excursus, su questa cooperazione giudiziaria, soprattutto in ambito penale e processualpenale, sicuramente tre periodi. Mi sento testimone oculare di queste tre fasi, la prima va fino alla metà degli anni 80 dove si nota una impostazione prettamente economica, caratterizzante l'istituzione delle comunità europee, che non consente assolutamente di affrontare i temi che oggi ci occupano se non in una dimensione politica. A partire dagli anni 80 cambia l'atteggiamento degli Stati sulla questione relativa alla giustizia e si avviano alle prime collaborazioni a livello intergovernativo, lo ha ricordato il consigliere, anche se occasionali e informali, sempre nel quadro però di una cooperazione politica europea, sancita appunto dall'atto unico nell'81. E si fa strada il primo corpo di strumenti convenzionali, ricordiamo Sheng, ricordiamo quello sulla libera circolazione delle persone, quindi 85, 90, la convenzione sul principio del nebis in idem (?), sull'esecuzione delle condanne penali straniere, parliamo sempre degli anni 85-90. Questi sono sicuri segnali, segnali di avvicinamento tra diritto delle comunità europee e diritto penale. Con il trattato di Maastricht, ricordato poc' anzi, nel 92, la cooperazione intergovernativa viene, per così dire, istituzionalizzata e diviene uno dei metodi di azione dell'Unione, riconoscendosi l'urgenza di affrontare in modo coordinato e tecnico i temi relativi alla giurisdizione e all'assistenza giudiziaria penale. Tuttavia si è ancora ancorati a quei modelli di sovranità territoriale e quindi non si coinvolgono direttamente le istituzioni comunitarie, gli organi comunitari che già lo vorrebbero, per il perseguimento di questi fini. Il potere decisionale dunque è sempre connesso alle posizioni dei governi dei singoli stati e al criterio dell'unanimità. Con il trattato di Amsterdam, nel 97 che poi nel 99 ha avuto vigore, si inizia a oltrepassare questa semplice cooperazione, e si prevede infatti la garanzia della compatibilità delle norme applicabili agli stati membri per migliorare la cooperazione. La progressiva adozione di misura per fissare norme minime, relative agli elementi costitutivi di reati, e sanzioni per la criminalità organizzativa, il terrorismo, il traffico di stupefacenti, e si procede per settori ad un'opera di sostanziale avvicinamento delle legislazioni statali verso uno spazio giudiziario europeo. Cioè si gettano le basi perché le materie della giustizia e affari interni possano essere trattate nell'ambito delle strutture comunitarie tradizionali. Ricordiamo l'articolo K9, la norma passerella, perché prima solamente nell'ambito della decisione unanime del consiglio si poteva attribuire con l'articolo 100 queste materie e poi naturalmente ciò è stato seguito dalla modifica di questo articolo e oggi dall'articolo 42 del trattato, e quindi il terzo pilastro, in materia proprio di cooperazione di polizia e cooperazione giudiziaria in materia penale. Ancora però la cooperazione in materia penale rimane fuori

dell'ambito proprio della comunità, rientrando in quello dell'unione, e quindi basato sul metodo intergovernativo. Le attività sono comunque sempre in espansione, è proprio di questo periodo la convenzione per la tutela degli interessi finanziari, verso l'obiettivo sempre più chiaro di realizzare una comune tutela penale e processual penale. Sappiamo che il primo a parlare di spazio giudiziario europeo fu Giscard d'Estain nel '97. Si nota piano piano una spinta ulteriore fornita da importanti strumenti normativi nel quadro della lotta al terrorismo, della corruzione di pubblici ufficiali in operazioni economiche internazionali, del mandato di arresto europeo del 2002. Si tende ad avere definizioni comuni e corrispondenti sanzioni penali, per rendere omogenea la legislazione e migliorare la cooperazione internazionale, ossia si fa sempre più strada l'ipotesi di un diritto penale uniforme e anche l'istituzione di un ufficio di procura centrale che non solo svolga indagini ma eserciti l'azione penale, ecco perché c'è sempre questa discussione tra Olaf e Eurogiust sul Ministère Public Europeen perché è stato concepito come anche colui che doveva esercitare, che dovrebbe esercitare un'azione penale, in un'area giuridica unitaria nel territorio dell'Unione Europea. Di qui si pone appunto il progetto del corpus iuris, tuttavia i progetti di spazio giudiziario europeo, il diritto penale comune, naturalmente rimangono limitati alla tutela di beni specifici. Quindi un nucleo di norme processuali applicabili su tutto il territorio, quindi un'europeizzazione giudiziaria, anche se gli sforzi compiuti, per quanto settoriali, per dare impulso a un sistema autosufficiente di giustizia penale comunitaria, continuano a trovare nel tempo molti ostacoli, determinati sicuramente dai condizionamenti di interessi particolari degli stati membri, cioè la sopravvivenza di quello spirito nazionalistico, la categoria concettuale classica della dottrina della sovranità statale, che esclude l'esercizio di competenza da parte di un organo esterno, la fondamentale resistenza all'espansione dei poteri di intervento dell'Unione Europea in materia penale e di giustizia perché correlativamente si avrebbe un'erosione dei poteri statuali.

Secondo la concezione classica infatti l'esercizio dei poteri da parte di un organismo sovraordinato può ammettersi solo nei limiti ristretti e attribuzioni definite, sarebbe cioè un esercizio di competenza in determinate materie o determinati interventi, da parte di organi comuni dei paesi con una limitazione settoriale temporanea, quindi che assolutamente non intacca ma lascia integre le sfere nazionali di intervento. Si tratta sempre di organi a carattere intergovernativo e quindi non si può parlare di istituzioni. Ma dopo l'atto unico, dopo Maastricht, dopo Amsterdam, il trasferimento dei poteri all'Unione noi lo notiamo, è diventato sempre più importante dal punto di vista quantitativo, dal punto di vista qualitativo, dal punto di vista dell'autonomia. E oggi come oggi non si può parlare più di un'organizzazione a carattere settoriale perché notiamo questa tendenza progressiva ad assumere il carattere dell'istituzione generale, e quindi l'erosione di sovranità a discapito dei paesi della sfera comunitaria sta sicuramente dando luogo a un processo di redistribuzione, si parla di riallocazione dei poteri e torna un'entità autonoma, che piano piano sembrerebbe di carattere federale. Quindi l'integrazione europea appare non più come il fenomeno, un risultato di un fenomeno intergovernativo, ma proprio un processo di riallocazione del concetto di sovranità, in una

forma di organizzazione più complessa. Del resto nel processo di fidelizzazione gli ordinamenti tendono a ripartire in varia misura, all'interno e all'esterno, i poteri tra i diversi centri o livelli di governo, e oggi vi è una formazione ibrida, perché? Non si è più la mera cooperazione tra stati; non si ha ancora quella che è una unione politica di tipo federale. Infatti alcuni giuristi classificano questo momento come un momento di ordinamento prefederativo. Comunque sicuramente gli stati membri non sono più sovrani assoluti, non sono ancora membri di uno stato federale e, per la realizzazione di un effettivo spazio di diritto occorre superare questa ambiguità. Quindi come? La cooperazione in materia penale dovrebbe concepire delle previsioni normative valide nell'intero territorio dell'Unione, con il corredo di norme processuali disciplinanti l'attività degli organi giurisdizionali, operanti sullo stesso livello e inoltre se si va verso l'opzione di tipo federale, occorre l'adozione di un criterio di ripartizione delle competenze secondo il loro contenuto. Ma c'è un punto di sicura chiarezza: che nell'evoluzione di questo fenomeno comunitario verso forme di organizzazione comunque più simili a quelle proprie degli stati membri (che sia processo di fidelizzazione o altro) resta fondamentale la garanzia costituzionale e quindi delle nuove prospettive di tutela dei modelli di democrazia analoghi a quelli definiti, che legittimano appunto questo riparto di poteri, ed in tale contesto si pone appunto anche la Carta di Nizza, si pone la nuova costituzione, e si pone quindi quel nucleo di valori, spirituali e morali, che sono il patrimonio comune dei popoli europei. Quindi si anticipa questa definizione da Nizza, ci si arriverà con la costituzione europea, ma superata questa fase incentrata sull'economia, sulla creazione del mercato, ora che si è impegnati comunque nella realizzazione di uno spazio giudiziario europeo, la fondamentale attenzione è posta proprio ai diritti fondamentali, e tra questi non può non esserci quello del diritto di difesa. Quindi queste importanti ragioni fanno dell'Europa ormai uno scenario di riferimento imprescindibile per gli avvocati e per la professione legale. Sicuramente c'è una distinzione ad opera del diritto, della giurisprudenza europea, tesa a eliminare le barriere dal punto di vista normativo e amministrativo, quindi per favorire la libera circolazione, la libera prestazione dei servizi, il diritto di stabilimento, lo si è ricordato anche oggi, però sicuramente se la comunità è intervenuta per eliminare o attenuare queste barriere, e anche per l'affermazione, o riaffermazione dell'importanza dei diritti comunitari fondamentali, tra cui quello della difesa, si è finora astenuta dalla configurazione in positivo di una figura unitaria di avvocato europeo. Quindi sarebbe necessario un riassetto delle regole comunitarie, perché la libera circolazione degli avvocati nei paesi dell'Unione europea, anche se iscritta in un quadro di principi chiaramente delineati nel trattato, riferibili al complesso delle professioni liberali, è sicuramente ancora molto difficile nell'attuazione. Perché? Le clausole sono molteplici, alcune sono di carattere generale, perché interessano tutte le professioni, altre però sono specifiche e veramente riguardano la nostra professione, la professione dell'avvocato. Il primo motivo che rallenta questo impegno comunitario in materia e questa interazione va individuato nella difficoltà di interpretare in concreto il contenuto delle norme del trattato relative al libero stabilimento e alla prestazione di servizi, perché non sono assolutamente chiare nel carattere recettivo,

fanno riferimento a una categoria di lavoratori (i professionisti) per i quali manca una definizione comunitaria e fra le quali rientra l'avvocato, ma tra le altre professioni. Un secondo tipo di problema è connesso sicuramente alla diversa formazione dei professionisti, la libera circolazione richiede una tendenziale uniformità di profili professionali, che è una premessa necessaria al riconoscimento non solo dei titoli di studio e di abilitazione, ma anche degli effetti del loro operato, e quindi in coerenza con ciò, proprio per eliminare discriminazioni palesi o occulte, occorre fare degli sforzi in tal senso. Occorre promuovere un parallelo impegno nel settore dell'istruzione superiore, soprattutto quello specifico post-laurea di tirocini formativi, dai consigli forensi, dagli ordinamenti, dalle università, per annullare quelle barriere concrete e, ripeto, soprattutto le discriminazioni occulte, sulla carta, nel cassetto, si può circolare e difendere un altro o si può partecipare a una trattativa stragiudiziale ma poi non lo si fa, perché si manca delle conoscenze reciproche dei vari ordinamenti, si manca della competenza tecnica, Anastavora diceva il sapere si concretizza nella tecnica, e quindi non abbiamo scoperto nulla ma dobbiamo realizzarlo, e mancano, oltre le competenze tecniche quelle linguistiche, linguistico giuridiche, non basta sapere l'inglese o il francese. Quindi occorre legare la mobilità professionale sempre più alla mobilità dei tirocinanti, per creare una nuova mentalità, una nuova competenza, per preparare i professionisti del futuro a ovviare a quell'opposizione sistematica inconciliabile tra il riconoscimento a fini accademici, e poi la preparazione a fini professionali pratici.

Vi do solamente dei dati per curiosità. Sicuramente la formazione e l'accesso alla professione sono completamente diversi negli stati europei, perché si va dai 3-4 anni in Francia, Austria, ai 5 anni di tirocinio in Svezia, in Irlanda, in altri paesi, ma non solo la formazione come percorso quantitativo ma anche qualitativo estremamente diversa. L'onorevole Battista ricordava l'importanza della specialistica, questo in alcuni stati membri già sussiste, già è stato un passo avanti, e sicuramente è un problema che andrà affrontato. Quindi dobbiamo porci in questa ottica proprio per assicurare una fase successiva a questa creazione di spazio giudiziario, o giuridico europeo, per prepararci uno scenario e realmente realizzare questa libera circolazione dei professionisti e degli avvocati. Grazie per l'attenzione.

---

### **Avv. Fioravante Carletti**

L'avvocato Fabio Galliani, segretario generale dell'associazione italiana avvocati penalisti internazionali, o transnazionali.

### **Avv. Fabio Maria Galiani**

Io dico che la prima confessione alla quale mi abbandono e che mi preoccupa non poco perché solitamente coglie chi ha già maturato una certa esperienza, e quindi una certa età, la necessità che sento di accennare proprio all'inizio della mia attività quando pochissimi anni or sono mi sono dedicato istintivamente ad una serie di settori apparentemente eterogenei, e quindi occupandomi nello studio, nell'approfondimento di

procedimenti a carico di immigrati, in particolar modo laddove incidenti sulla libertà personale, al diritto penale internazionale, in particolare seguendo sin dal 1998 con la creazione della Corte Penale Internazionale e a taluni aspetti dei procedimenti penali interni. Istinutamente perché inizialmente non mi spiegavo cosa potesse indurmi a dedicarmi a settori così differenti, apparentemente diritto amministrativo, diritto internazionale, diritto penale. Col passare del tempo poi, occupandomi concretamente di queste cose, quindi approfondendo in particolare diritti alla difesa in questi procedimenti sono emersi dei caratteri comuni, e direi che nella mia brevissima esperienza ho visto che è emerso il carattere transnazionale di tutti questi procedimenti, e così ho aperto uno studio legale che ho definito transnazionale, perché in effetti due fenomeni in particolare, cioè globalizzazione e flussi migratori da un lato e sempre crescenti limiti alla sovranità nazionale, in particolare per quanto riguarda il diritto penale, hanno portato in realtà a dei procedimenti penali caratterizzati da determinati elementi. In primo luogo io vorrei specificare che per procedimenti penali transnazionali io intendo anche il procedimento che porta all'espulsione dello straniero incidendo sulla sua libertà personale, perché appunto incidente sulla libertà personale io credo che si tratti di un procedimento penale, ho sempre sostenuto ciò e credo che le ultime pronunce della Corte Costituzionale mi diano ragione sotto questo punto di vista. Che cosa rileva però in questi procedimenti interni dove si hanno soggetti di nazionalità diversa, o fatti accaduti o correlati a nazioni diverse? Innanzitutto io credo che rilevi il dato culturale, perché io ho sentito oggi parlare in modo illuminato e in modo ben più consapevole ed esperto di me, di tanti aspetti del diritto, però io credo vi sia, proprio sotto il profilo della formazione dell'avvocato transnazionale, quindi europeo, un aspetto che io credo sia fondamentale, centrale, perché noi parliamo sempre di fatti, e questo aspetto appunto è il dato culturale nel procedimento penale transnazionale, noi non possiamo ignorare che la presenza di un indagato o un imputato di altra nazionalità, oppure di un teste di altra nazionalità incide pesantemente sulla genesi del procedimento. Incide sotto vari aspetti ai quali accennerò frettolosamente data l'ora tarda. In particolare è la lingua del processo ovviamente, la lingua del processo perché nel nostro procedimento penale che si svolge nel contraddittorio delle parti e nell'oralità, l'intervento dell'interprete che costituisce un filtro ovviamente altera la percezione del giudice, altera una cross examination e quindi è un dato fondamentale. E' un dato fondamentale anche il diritto all'interprete, in particolare cito soltanto la sentenza della Corte Costituzionale n. 10 del 93 che appunto ha imposto una interpretazione dell'articolo 143 del codice di procedura penale richiamandosi a convenzioni internazionali su diritti fondamentali che appunto ha chiarito che si estende anche a qualsiasi atto processuale il diritto alla traduzione degli atti nel caso di indagato alloglotta. Qui rileva però il diritto all'interprete, diciamo è una questione abbastanza risaputa, credo che però oggi noi dobbiamo arrivare a un interprete non solo professionale ma anche imparziale. E voi direte perché mai interprete imparziale? Perché in realtà il problema si pone, e si è posto ad esempio nel processo ad Ali Agca, dove tra imputati bulgari e turchi ci fu non poca confusione poi dopo nell'accusare l'interprete di parzialità, e quindi pretesero entrambi i difensori consulenti

personali, consulenti interpreti ognuno di nazionalità diversa proprio perché sorse una polemica sulla corretta traduzione o meno delle dichiarazioni di Alì Agca. Quindi è ovvio che oggi se in un procedimento abbiamo un interprete ad esempio di nazionalità croata e un imputato di nazionalità serba, io non avrei alcun dubbio a chiedere la sostituzione dell'interprete, perché potrebbe apparire non imparziale.

In realtà il problema della comunicazione nel procedimento penale transnazionale è relativo non solo alla parola, ho appreso dagli scarsi studi che ho fatto in merito agli scritti del professor Mastronardi che in realtà soltanto una minima parte della nostra comunicazione è sostenuta dalla parola, il resto del messaggio, e cioè circa il 65% viene trasmesso non verbalmente, e questo ovviamente incide in un procedimento penale dove vi può essere ad esempio un teste napoletano, come me, che per essere messo sotto pressione ha bisogno di una cross examination a mezzo metro e un test invece inglese che per non essere infastidito ha bisogno di una cross examination a circa due metri. Questo è un dato culturale che comunque è rilevante, senza parlare poi dopo della cinese, e quindi di tutti quei movimenti spaziali che possono dire molto di più, soprattutto se napoletani come me, che non la parola. Questi sono soltanto alcuni esempi, come per esempio potrei citare il caso del convincimento del giudice, convincimento del giudice nel caso di prospettazione di tesi difensiva inverosimile, secondo il dato culturale proprio del giudice ma verosimile secondo il dato culturale invece dell'indagato oppure del testo. Ciò rileva senza dubbio. Infine, e chiudo su questo primo aspetto, su questo primo carattere dei procedimenti penali transnazionali, il fine poi del procedimento penale proprio, quindi non parliamo del procedimento relativo a misure nei confronti degli stranieri, è quello poi eventualmente di comminare una pena, una pena che secondo il dettato costituzionale deve avere un fine rieducativi. Bene allora io mi chiedo per un detenuto arabo, detenuto a Regina Coeli o a Rebibbia, quali debbano essere poi dopo i valori rispetto ai quali debba essere il condannato rieducato. Non si potrebbero certo imporre dei valori contrastanti con il dato culturale del condannato. Quindi io credo che anche per quanto riguarda il fine rieducativi della pena incide pesantemente il dato culturale.

Passando ora ad un altro aspetto, un altro aspetto del carattere transnazionale dei procedimenti è l'enorme accelerazione dei momenti normativi sopranazionali ai quali abbiamo assistito in questi ultimi anni, dall'istituzione di tribunali per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda alla creazione di una corte penale internazionale permanente, e alla legislazione europea, definiamola così, che ha inciso pesantemente sui procedimenti penali. Io vorrei fare soltanto qualche richiamo al trattato costituzionale che prevede una costituzione europea, velocemente soltanto sottolineare che su circa 450 articoli, 350 pagine se non sbaglio non si cita il vocabolo "avvocato" neanche una volta, si prevede invece che il Parlamento si debba riunire il martedì, attenzione, quindi in una costituzione non si cessi avuto il maestro esperto che ritengo fortunatamente non ho avuto, non credo che oggi, se avessi avuto quel maestro oggi non avrei avuto quell'ottica transnazionale che invece ritengo di avere perché mai m'avrebbe lasciato approfondire diritto penale internazionale senza un tribunale, perché era in via di istituzione, oppure immigrazione



quando nel '98 era visto come un settore secondario, oggi invece sembra fondamentale anche nei procedimenti penali a carico degli immigrati. E' dovunque comunque, questa assenza e queste lacune nel trattato costituzionale, che tralascio di sottolineare, sono dovuti certamente anche ad una sorta di rigetto da parte dei soggetti che partecipano alla formazione di questi procedimenti penali, che sono solitamente giudici, burocrati, diplomatici, tutto tranne avvocati, salvo qualche caso raro. Io ho visto che quando nel '98 erano riuniti 120 governi del mondo per l'istituzione per il raggiungimento di un traguardo, un obiettivo storico perseguito da decenni e decenni, forse da più di un secolo, beh io ero lì tra i pochi, accennavo soltanto all'esercizio in concreto dei diritti della difesa, io ero visto più o meno come è visto Milosevich, soltanto perché chiedevo "no dobbiamo punire perché secondo l'assunto che trattandosi di crimini particolarmente gravi non si potrebbero allora concedere e prevedere determinate garanzie", quindi il livello di garanzia dipenderebbe dalla gravità o meno del reato, cosa secondo me particolare. Io voglio concludere – e qui vengo alla mia seconda confessione – anzi prima di giungere a questo vorrei soltanto specificare che io sono comunque ottimista rispetto alla possibilità di una integrazione giuridica europea e comunque transnazionale nel rispetto dei diritti della difesa, basta esserci perché si può essere compresi su questo e si può trovare non il compromesso al ribasso ma si può trovare la soluzione, cioè che è quella di prevedere procedimenti penali transnazionali nel rispetto dei diritti alla difesa. Non è impossibile. Vengo ora alla confessione: che il rigetto di cui dicevo, credo un po' come Catullo di Lesbia, questo rigetto di questa Europa mi fa innamorare di più però mi porta ad amarla sempre di meno. Grazie.

---

### Professor Aurelio Gentili

Il programma affida a me qualche considerazione sulla formazione dell'avvocato europeo nel campo del diritto civile. Ad un pubblico provato non infliggerò un lungo discorso, ma mi si comprenderà se rinunzio programmaticamente a un quadro esaustivo. Mi limiterò quindi a tre pennellate. Una brevissima premessa perché si comprenda il senso di quel che dirò, e alcune notazioni divise in due parti sulla formazione nel periodo scolastico, e sulla formazione nel periodo professionale.

Certo, così non sarò in grado di darvi molto più che qualche ricetta di cucina, ma forse le ricette di cucina sono una cosa che aiuta la qualità della vita, ed è la qualità della vita dell'avvocato europeo il sottofondo inespresso di questo incontro.

Una breve premessa è necessaria. Pare che, considerando l'alternanza di flussi e riflussi che caratterizzava il rapporto tra vecchio e nuovo ordine all'inizio del secolo XIX, il principe di Metternich commentasse le cose che non si possono impedire si debbono dirigere. E' con questo spirito che chi come me da 30 anni, nella veste di docente ma soprattutto di professionista, constata l'evoluzione della figura dell'avvocato, e l'evoluzione del sistema dei rapporti giuridici, si accinge a presentarvelo. Non quindi una valutazione di favore o di sfavore, una valutazione rigorosamente pragmatica. La storia passa per certi percorsi, noi non possiamo cambiarli, possiamo solo forse, in una limi-



tata misura, condizionarli. E c'è una alternanza tra vecchio e nuovo ordine nella vita dell'avvocato civilista, chi l'avesse considerato nel corso degli anni 60 avrebbe trovato un professionista totalmente territoriale, totalmente despecializzato, l'avvocato degli anni 60 credeva fermamente che la scienza giuridica potesse avere dei confini perché il giuspositivismo l'aveva autorizzato a crederlo, perché il diritto era statale, quindi territoriale. Il suo orizzonte professionale non andava oltre il territorio dello Stato. L'avvocato degli anni 60 era fortemente despecializzato anche se erano possibili opzioni, preferenze, approfondimenti mirati, spesso la figura dell'avvocato era la figura di un professionista che esercitava in tutti i campi del sapere giuridico. A distanza di 30 anni questa verità è completamente rovesciata, l'avvocato che opera oggi è costretto alla specializzazione, quand'anche abbia capacità intellettuali e disponibilità a studiare molto maggiori di quelle di chi vi parla, non può inseguire l'alluvione legislativa dello Stato, delle competenze territoriali normative che si vanno moltiplicando all'interno dello Stato, della crescente produzione legislativa europea. Non è materialmente possibile. Inoltre è un avvocato completamente sganciato dal territorio, non gli è più consentito di essere avvocato in un ambito locale, quand'anche egli decida di circoscrivere il proprio orizzonte non lo fanno i suoi clienti che gli chiedono interventi che vanno ben oltre una stretta considerazione nell'ottica rigorosamente statale, e che quindi lo chiamano ad occuparsi di questioni per le quali può trovarsi a non disporre di tutte le competenze necessarie.

A questo lo chiama in particolare il diritto comune europeo, fatto secondo me di due cose: delle tante omologie ma anche delle differenze tra i diversi sistemi nazionali, bisogna capire che la disciplina dei contratti non è uguale in Italia, in Francia, in Germania, in Inghilterra, in Scozia e in tutti gli altri paesi dell'Unione, e la progrediente espansione di un diritto europeo propriamente detto. Attraverso l'armonizzazione esistono ormai istituti giuridici presenti in tutti i 25 paesi membri dell'Unione. Si tratta dunque di conoscere una progrediente uniformità ma anche di avere un'idea di una persistente differenza. Infine – e qui si chiude la premessa – mentre sarebbe stato vero e io dovrei dire purtroppo, ancora molto si ripete che il diritto europeo, il diritto dell'armonizzazione è un diritto senza nozioni, senza concetti, senza istituti, nel frattempo questo secondo me non è più vero. Oggi esiste una nozione del diritto, almeno contrattuale, che utilizza specifici istituti, che possono rintracciarsi perché vi sono penetrati attraverso il meccanismo del recepimento in tutti gli ordinamenti nazionali dei paesi membri, e dunque non basta soltanto l'elemento descrittivo della cognizione del dato normativo per fare opera giudiziale o stragiudiziale, ma si richiede anche la comprensione concettuale, la capacità di far funzionare questi istituti e questi concetti all'interno di contesti normativi non uguali.

Che cosa significa questo? Che se la specializzazione è necessaria, alla base i vecchi strumenti del giurista sono altrettanto indispensabili. La specializzazione è necessaria perché nessuno può inseguire l'intero, la conservazione e l'uso aggiornato dei vecchi strumenti del giurista sono altrettanto indispensabili perché sono l'unica maniera per mantenere una bussola in tutta questa ampia variegata realtà.

Che conseguenze trarne? ho detto che darò solo ricette di cucina, semplici suggerimenti, ai fini della formazione scolare. Per formazione scolare intendo ovviamente il periodo universitario e il periodo immediatamente post-universitario. A me sembra che l'indispensabilità di quei vecchi strumenti tradizionali del giurista, concettuali, argomentativi, imponga una formazione universitaria non tanto diversa da quella che per decenni siamo stati abituati ad avere. Non si impara sullo studio descrittivo di norme casistiche, si impara sulla ricognizione delle linee logiche di tendenza che organizzano il diritto in un sistema, non perché il diritto lo sia, ma perché noi abbiamo bisogno che lo diventi. Dunque forse, nei limiti nei quali lo studente è in grado di descrivere, progettare un proprio percorso formativo, farà bene a non allontanarsi tanto da quello che ha caratterizzato la tradizione, del resto oggi l'offerta formativa delle università (ma di questo parlerà molto meglio di me la mia collega professoressa Letizia Vacca) offre molte scelte e molti suggerimenti per farle con cognizione di causa. La specializzazione riprende invece necessariamente il sopravvento quando si tratta della formazione post-universitaria, perché una volta formata la capacità di utilizzare gli strumenti del giurista, allora occorre sapere dove si vuole farli impattare, in quale campo si desidera acquisire una formazione che sia anche sul piano della cognizione sufficiente a farli funzionare, l'offerta dei master un po' di orgoglio corporativo mi porterebbe a sottolineare la varietà e il carattere mirato di quelli della mia facoltà, ma devo con onestà dichiarare che gli altri atenei romani o gli altri atenei delle altre città universitarie italiane offrono una vastissima scelta prevalentemente non inconsapevole di queste necessità, dà la possibilità di ottenere questa specializzazione, che naturalmente comprende studi non esclusivamente giuridici, perché una delle caratteristiche è la indispensabile conoscenza della lingua, di alcune lingue, principalmente di quella lingua franca, ogni epoca e storia ha avuto la sua, ho scoperto che prima della nascita di Cristo la lingua franca del mondo era il babilonese, oggi abbiamo l'inglese, forse un domani ne avremo un'altra, certamente la lingua è fondamentale per potersi parlare. E poi altre competenze, perché il giurista non soltanto era chiamato dalla sua caratteristica di scienziato specializzato del diritto a conoscere tutti i diritti, ma è oggi chiamato dalla sua caratteristica di uomo che applica il diritto in tutti i campi, a conoscere un po' di tutto; chi può occuparsi di diritti delle persone oggi senza conoscere la biologia quando deve trattare di problemi che riguardano per esempio la bioetica? chi può occuparsi del diritto patrimoniale senza conoscere i cicli economici, dinamiche della vita aziendale, esperienze della formazione del ciclo produttivo, della sua distribuzione ecc. ecc.

Di fronte a questa marea una scelta si pone, non è possibile saper tutto di tutto. Vorrei però sottolineare che un giurista specificamente europeo, e poi chiudo su queste poche nozioni che riguardano il periodo scolastico, deve essere consapevole che altra è la scelta di carattere strettamente internazionalistico, altro è la scelta di carattere strettamente europeistico. Credo dunque, mentre sono sicuramente formativi importantissimi gli studi che riguardano in generale la *lex mercatoria*, lo sviluppo delle relazioni specialmente d'affari transnazionali ma anche dei diritti delle persone, comunque l'Europa non si contenta di una cognizione così generica e allargata perché sta formu-

lando un suo diritto, è una cosa che non avviene nel generale consenso, mi è capitato di essere rimbrottato in un convegno mi capitava di parlare della interpretazione dei contratti nel sistema del diritto europeo dicendo che non aveva senso una visione regionale, visto che oggi ne abbiamo una globale, una globale che però non è funzionale agli interessi dell'Europa, dobbiamo essere consapevoli che sotto le scelte giuridiche ci sono scelte politiche. Se noi crediamo nella costruzione europea dobbiamo avere la percezione della necessità di un diritto specificamente europeo.

Formazione professionale – E qui ho forse qualche suggerimento operativo da dare: molti di noi non hanno scelto di trovarsi, come me, ad operare come professionisti in un momento nel quale il mondo che avevano conosciuto e per il quale si erano preparati è completamente mutato, si trovano in questo mondo, alcuni più giovani alcuni più maturi, e debbono, come diceva il principe di Metternich, dirigere quello che non possono impedire. Dividerei: nella prima formazione professionale, nella formazione, nel training del giovane avvocato io vedo una funzione importantissima nelle esperienze di vita professionale all'estero, che possono avere anche una rilevanza istituzionale data la normativa precedentemente ricordata che richiede un periodo triennale per essere poi ammessi a far valere quel diritto di libertà di stabilimento e di operatività professionale in tutti i paesi membri dell'Unione. Ma certo, qualcuno prima ha detto è un miracolo per un giovane poter andare a fare uno stage in uno studio straniero, questo miracolo può essere favorito perché, come si dice, la fortuna aiuta gli audaci. Come può essere favorito questo miracolo? Riallacciandomi a una esperienza personale suggerisco una semplice ricetta di cucina, tutti noi abbiamo qualche relazione nei nostri studi con studi stranieri, coltiviamole, indirizziamo i nostri giovani collaboratori e chiediamoci se saremmo disponibili a offrire il reciproco a giovani collaboratori di altri studi e di altri paesi membri dell'Unione che possano fare un periodo di esperienza da noi. Può essere un po' seccante nella concitazione della vita quotidiana, ma il vantaggio è sicuramente superiore al costo, ed il principio della ricchezza è il principio dell'investimento, bisogna rinunciare a qualche vantaggio oggi per poterne godere uno più importante domani. Io credo che in questo la funzione degli ordini potrebbe essere preziosa, non so se suggerisco una sciocchezza già ampiamente considerata e forse considerata negativamente, ma penso che i consigli degli ordini, soprattutto i consigli territoriali degli ordini, potrebbero avere una importante funzione di smistamento nel raccogliere la segnalazione di disponibilità di studi italiani [...]

[...] degli altri paesi ad una funzione simile, nel creare la possibilità dell'interscambio per realizzare su vasta scala questo tipo di rapporti. Considerazioni finali sul periodo della formazione, che a quel punto è essenzialmente aggiornamento e approfondimento per l'avvocato maturo. Non si finisce mai di imparare, forse perché vivo la realtà della scuola oltre quella della professione, sono convinto che non soltanto sia una fatica, ma sia anche un grande alimento, un modo per mantenersi giovani continuare ad imparare. Allora penso che anche gli avvocati possano accettare, con qualche umiltà e molto beneficio, l'idea che tutti dobbiamo continuamente ogni tanto tornare sui banchi

di scuola e imparare, e sfruttare quindi le molte offerte di approfondimento che per esempio con lodevolissime iniziative i consigli degli ordini e i loro centri studi offrono, che offrono anche altre istituzioni, per esempio quelle universitarie, quando forniscono in formula concentrata la possibilità dell'approfondimento, in due giorni, in 4 giorni, di un problema di attualità. Ma questo non ci basterà (e qui volevo arrivare) ad essere avvocati capaci di assistere un cliente oltr'Alpe, non ci basterà mai. Dunque secondo me la formula in questo momento è obbligata. Tutti forse ricordate il grande dibattito che ci fu all'atto della ristrutturazione del nostro sistema creditizio, tra il modello della banca universale e il modello della banca polifunzionale. Che facciamo, creiamo grandi complessi bancari che fanno tutto, fanno tutto, o creiamo formule articolate in cui più soggetti, ognuno che conosce una cosa e si coadiuvano. Prevalse, come tutti sanno, il primo. Non c'erano forse le stesse esigenze che governano la professione forense. Io mi permetterei di suggerire, di considerare attentamente, per le nostre esigenze, il secondo, e di considerarlo non soltanto su scala interna ma su scala estera. Il mio studio (mi perdonerete se racconto un'esperienza professionale), da 4 o 5 anni vive inserito come unico membro italiano in un network in cui per ogni paese europeo, in senso allargato, quindi anche un po' oltre l'area dei 25, è presente un altro studio col quale abbiamo rapporti ormai costanti, col quale cerchiamo di incontrarci almeno una volta l'anno, sul principio che io mi servirò in via esclusiva di loro, ciascuno per la sua competenza territoriale e loro di me per la mia competenza territoriale. Questo mi consente non di diventare ricco ma perlomeno di offrire alla mia clientela la consapevolezza che io posso accompagnarli e indirizzarli nell'area nella quale essi dirigono i loro affari. Anche questo (e mi permetto una seconda proposta) può essere realizzato da tutti su più vasta scala, ciascuno studio italiano disponibile a farlo può candidarsi mettendo per esempio in internet le notizie che serviranno a comprendere se è il partner ideale per certi interscambi professionali, gli ordini potrebbero centralizzare questa funzione e sollecitare che altri negli altri paesi europei facciano lo stesso. Certo sono consapevole, noi possiamo così soltanto avvicinarci ad un risultato che sia pari alle aspettative che probabilmente il futuro sta creando, ma è per approssimazioni successive che si raggiunge un risultato durevole. Per questo dissento – e qui concludo – da alcuni approcci preoccupati, difensivi di situazioni consolidate, consapevoli del grande pregio della cultura del giurista italiano e scettici su questa grande formazione, forse disorganica, forse frammentaria, forse anche spesso di minor qualità che si sta facendo in Europa. Per due ragioni dissento, sulle quali vorrei chiudere il mio intervento. La prima che l'avvocato europeo non è il frutto di una etichetta, l'avvocato europeo è una realtà concreta, è la capacità di fare l'avvocato con una cultura europea. La seconda, che anch'io conosco il vantaggio di un orizzonte più piccolo, più circoscritto, meglio dominato, ma come dicevo poc'anzi penso che non necessariamente la storia passerà di lì. Per questo forse con meno sottigliezza e con più disponibilità, suggerisco di riflettere prima di essere assenti nella formazione della grande cultura europea, se noi non sappiamo che cosa ci verrà dagli uffici della Comunità è spesso perché non vi siamo presenti, se l'apporto della cultura italiana non vi penetra, magari portando un più raffinato strumentario, è perché non

gli è stata rappresentata. Non possiamo deprecare una cultura che si forma alla quale noi non abbiamo contribuito. Ci volle un editto di Caracalla, se non erro nel terzo secolo dopo Cristo, per autorizzare coloro che partecipavano alla grande realtà multiculturale e multiethnica del tardo impero romano a dire *civis romanum sum*, per fortuna non ci vorrà nessun editto per fare di noi degli avvocati europei, lo saremo se lo vorremo. Grazie.

---

### **Dottor Luigi Scotti**

**S**ono lieto di essere venuto perché ho sentito tante cose interessantissime. Ho sentito 4 relazioni che mi hanno molto stimolato. La prima idea che mi è venuta nel sentire queste relazioni è che se oggi non è consentito a un giudice di essere provinciale, a maggior ragione non è consentito ad un avvocato essere provinciale. Per provinciale intendo tutto preso a uno spirito e a una cultura nazionale senza guardare al villaggio globale, viviamo nel villaggio globale, se poi vogliamo restringere, vogliamo stringerci un poco, allora l'unione europea. Non è possibile prescindere da queste cose, ma non soltanto a livello culturale, anche a livello pragmatico, a livello operativo, a livello cioè di esercizio di un'attività. Ormai questa dimensione europea ha messo in crisi molte cose, ha messo in crisi l'identità dell'avvocato e sta mettendo in crisi anche l'identità del giudice. Se effettivamente passa, come direttiva fondamentale quella secondo cui la normativa europea è a diretta applicazione, allora lo metterò in crisi in maniera decisa, lo costringerà a studiare non soltanto i principi generali del diritto comunitario ma molto più dei principi generali di diritto comunitario.

Dunque mette in crisi l'identità del giudice e dell'avvocato, mette in crisi il sistema, non soltanto il sistema normativo, è bene che noi però lasciamo tracce fondamentali dentro di noi della nostra sistematica, che è pari alla sistematica tedesca, anzi supera quella francese, non certo diciamo così può reggere il confronto, perché il confronto è superiore da parte nostra rispetto ai paesi di common law, almeno questa è la mia idea, un'idea un po' romantica a è così. Mette in crisi anche il modello operativo, il controllo sul modello operativo. Quando dico "mette in crisi" non dico: lo disfa semplicemente punto e basta. No, costringe tutti, ciascuno ai vari livelli operativi e istruzionali, a costruire nuove cose, costruisce un nuovo modello operativo, una nuova identità, costruire una nuova cultura, un nuovo sistema di carattere generale che non sarà solo il sistema nazionale. Già nel tribunale di Roma abbiamo a che fare con alcuni di questi aspetti, la terza o la nona sezione cioè la sezione che lavora sul diritto societario, e l'altra che lavora sulla proprietà industriale, marchi brevetti ecc. hanno ormai costantemente un contatto con una nuova realtà, che non è soltanto la realtà nazionale, ma anche oltre, in materia di rapporti di lavoro, contenzioso lavoristico e poi per la tutela del consumatore, e poi sui diritti della personalità, sui diritti individuali, insomma cominciamo ad avvertire, come tribunale di Roma, queste conseguenze e il fascino e anche lo spavento di una cultura di cui forse non siamo ancora padroni ma che per n verso ci affascina, per altro verso ci spaventa perché non ne conosciamo le dimensioni, non ne siamo

padroni e perciò ci spaventiamo. Io perciò raccolgo l'invito che vi è stato fatto a confrontarvi con queste cose, confrontarvi con corsi di studi che non siano le tecniche tradizionali, confrontarvi con esperienze concrete che non sono la vecchia esperienza nell'ambito di uno studio professionale, che non sia soltanto il partecipare a un'udienza per avere un certificato di partecipazione perché è ben poca cosa, come vedete la realtà e la competitività internazionale vi pongono di fronte a ben diversi aspetti, e pongono di fronte soprattutto voi, soprattutto voi che vivete in un campo concorrenziale e il campo sarà sempre più concorrenziale. Se poi consideriamo altri aspetti, e cioè come questo nuovo orizzonte abbia introdotto, abbia relativizzato sempre più certi aspetti ce lo diceva prima l'altra relazione, in cui addirittura quello della proprietà del sistema penale rispetto a certe realtà e di altri contesti, cominciano a subire la teoria del relativismo soggettivistico, quello dei post socratici. Insomma come vedete è tutto in movimento, veramente tutto in movimento, se a noi meno giovani queste cose ci spaventano, non vorrei aggiungere ci spaventano soltanto, anche noi siamo costretti ad aggiornarci, per voi è ragione fondamentale, ne va di mezzo la vostra professionalità il vostro futuro e anche una scommessa con voi stessi. Tanti auguri.

---

### **Professoressa Letizia Vacca**

**S**ono molto onorata di presiedere questa seduta e ringrazio il Consiglio dell'Ordine di Roma e il suo Centro Studi per aver voluto coinvolgere in questa importante iniziativa la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, che rappresento istituzionalmente in questa sede, e di cui porto il saluto.

Ritengo che sia di grande importanza la circostanza che oggi, in questa sala, si dia anche l'avvio da un progetto di collaborazione e di interazione tra il mondo dell'università e il mondo c.d. della pratica, per la formazione dell'"Avvocato Europeo".

L'Avvocato Battista si interrogava sul problema se le università siano oggi consapevoli di quanto sta avvenendo, dopo l'eliminazione delle frontiere europee e la previsione normativa della possibilità di esercitare la professione in tutti gli Stati membri dell'U.E. Io credo questa consapevolezza vi sia e credo anche che in molte Facoltà di giurisprudenza si stia compiendo uno sforzo importante di riflessione sul compito dell'università nella nuova realtà giuridica europea.

Questa è indubbiamente una fase di transizione, in cui appaiono, almeno parzialmente, superati scopi e forme della cultura giuridica precedente, collegata in larga prevalenza all'analisi e all'applicazione dei singoli ordinamenti nazionali; in questo momento, peraltro, non appare ancora compiuto il progetto di un "diritto europeo", come non appare compiuto il processo di formazione di una nuova cultura giuridica, di cui tuttavia si sente forte l'esigenza, e che non può che nascere dal dialogo fra i giuristi delle diverse nazioni, e dal recupero della grande tradizione scientifica che accomuna il mondo giuridico occidentale.

Non vi è dubbio che questa situazione comporti per le Facoltà di Giurisprudenza non solo il compito di dare una nuova dimensione "transnazionale" alla preparazione



“di base” e “teorica” dei futuri “giuristi europei”, ma anche l’obiettivo di contribuire alla specifica formazione professionale di questi giuristi, chiamati oggi ad operare in una realtà socio-economica molto complessa e in un “sistema” di fonti del diritto estremamente articolato e di difficile coordinamento.

Va rilevato che quest’ultimo obiettivo risulta in un certo senso “nuovo” per l’Università, almeno se si prende come periodo di riferimento quello degli ultimi due secoli. Già a partire dal XIX secolo, ma soprattutto nel corso del XX secolo, teoria e prassi sono state distanti, hanno lavorato e operato in mondi separati; l’Accademia si è rivolta soprattutto alla produzione di una scienza teorica ed astratta; la “pratica” è stata considerata appartenere ad una realtà giuridica diversa, “altra” rispetto alla scienza del diritto; giurisprudenza e dottrina hanno “interpretato il diritto” troppo spesso una reciproca indifferenza; paradossalmente gli stessi “professori” che svolgevano anche l’attività di avvocati, insegnavano nelle aule delle università un “diritto” completamente differente, nei metodi e nei contenuti, da quello che professavano nelle aule di tribunale; per altro verso i “giudici” operavano nella quasi totalità dei casi senza tener alcun conto delle “teorie” interpretative della dottrina, formando una giurisprudenza tendenzialmente “autoreferenziale”.

L’Unione Europea è indubbiamente espressione non solo di una nuova realtà economica ma anche di un contesto politico-sociale molto diverso rispetto a quello del secolo scorso, un contesto in cui la rapidità nell’evoluzione degli schemi che regolano i rapporti economici ed i rapporti sociali pone il “diritto” di fronte all’esigenza di regolamentare questi nuovi rapporti velocemente ma non arbitrariamente, nel senso che è ancora più necessario che le nuove regole, espresse dai legislatori e dai giudici, siano espressione di principi e valori condivisi e si compongano in un quadro coerente, non più solo a livello nazionale, ma a livello “transnazionale”, almeno all’interno del nuovo spazio europeo.

Tutto ciò, come si è detto, impone alle università un compito nuovo ed estremamente impegnativo; siamo chiamati come “professori” per un verso ad elaborare una “scienza del diritto” utile a fornire le categorie concettuali ordinanti, necessarie ad assicurare la coerenza degli schemi “transnazionali” all’interno dei quali i giuristi dovranno operare, e per altro verso a formare i futuri giuristi europei come giuristi “culturalmente attrezzati” ad operare in un “ordinamento” molto complesso ed in continua evoluzione.

E’ necessario fare a questo punto anche una riflessione sul nuovo “ordine degli studi”, la cui introduzione ha tentato di dare una risposta all’esigenza di una formazione il più possibile uniforme nei diversi Stati Europei in attuazione dei diversi accordi internazionali in materia.

Come è noto, l’applicazione dello schema chiamato “su tre livelli”, che si articola in un primo corso di laurea di tre anni destinato alla “formazione di base”, un secondo corso “specialistico”, di due anni, destinato all’approfondimento critico, ed infine un terzo livello di “alta formazione” professionale o di ricerca, ha suscitato molte polemiche, in particolare in relazione all’ordine degli studi della Facoltà di



Giurisprudenza; anche di recente un “tavolo di lavoro” che ha visto insieme rappresentanti di ordini professionali, della magistratura e dell’università, ha elaborato una proposta di ulteriore riforma, che dovrebbe avere lo scopo di rafforzare l’unitarietà del corso di studi per la preparazione dei giuristi, affidata alle Facoltà di Giurisprudenza, dando altresì maggiore spazio alla “formazione pratica”.

In realtà la scelta fra questi schemi, siano essi denominati 3+2 o 5-2 o 1+4, è in una certa misura irrilevante; quello che appare chiaro – infatti tutti gli ordinamenti europei stanno ormai adeguandosi a questo schema dei “tre livelli” – è che ci deve essere inizialmente una “formazione di base”, che dia già di per sé una preparazione compiuta, in cui elementi di cultura giuridica, storica e filosofica, di riflessione teorica, di istituzioni delle varie discipline nonché una conoscenza elementare del diritto dell’Unione europea e dei diversi “modelli giuridici” dei paesi dell’Unione Europea, compongano un quadro unitario del diritto, idoneo a fornire una “professionalità” flessibile, sufficiente per coloro che vorranno operare nel mondo del lavoro in attività che non richiedano particolare “capacità critica”; a questo periodo di formazione essenziale “potrà”, a scelta dello studente, seguire un periodo dedicato all’approfondimento critico e alla specializzazione nei settori disciplinari prescelti dallo studente, che aprirà la strada per le professioni forensi più tradizionali, avvocato, magistrato notaio, o per la carriera dedicata alla ricerca. Per l’esercizio in particolare di queste professioni sarà infine necessaria l’“alta formazione specialistica”.

Tutti coloro che operano nel mondo del diritto peraltro condividono l’idea che ci debba essere una formazione in cui cultura, nel senso anche di conoscenza scientifica del diritto, e competenza pratica coesistano. Non si può fare attività pratica complessa se non si ha cultura giuridica, o perlomeno non la si può fare bene. Questa esasperazione del valore del tecnicismo giuridico e della esigenza di “professionalizzazione” che circola in certe Commissioni ed in certi ambienti politici, e che porta all’esasperazione della contrapposizione tra formazione teorica e formazione pratica, non può che essere riduttiva nell’idea di un giurista europeo, anche perché la “cultura giuridica” nel senso più ampio è l’unico strumento che ha oggi, - ed i Relatori che mi hanno preceduto lo hanno messo bene in evidenza – l’avvocato, o il magistrato, o comunque qualunque operatore giuridico, compreso l’operatore dell’amministrazione, per essere in grado di superare le barriere nazionali e individuare gli strumenti idonei a lavorare a livello transnazionale.

Ovviamente sarebbe assurdo se le Facoltà di Giurisprudenza si proponessero l’obiettivo di formare un giurista che sa “tutto di tutto”. Come ha sottolineato l’avvocato Battista, non è pensabile un giurista che non abbia una specializzazione, ma, devo aggiungere, non è pensabile un giurista che non abbia una formazione unitaria di base. Formazione unitaria di base non significa competenza esclusivamente sul diritto nazionale ma significa anche conoscenza della complessità della realtà giuridica europea; già nella formazione di base deve essere l’università a mettere il discente in condizione di essere consapevole che la cultura giuridica non è una cultura che si ferma alle frontiere nazionali ma è il frutto di una grande tradizione, questa sì, europea; l’Europa è nuova

però è anche antica; la tradizione comune dell'Europa, anche nella sua dimensione ora allargata, è una tradizione di grande cultura e di grande scienza giuridica: se questa non si conosce, o non si riconosce, non si potrà formare né l'avvocato europeo né il magistrato europeo, né tanto meno il "giurista" europeo.

Un'ultima notazione: il "diritto europeo" non esiste ancora, almeno non esiste il diritto uniforme europeo; non si può confondere il "diritto europeo" con il diritto comunitario, o con il diritto delle direttive europee; qualunque giurista sa che interventi specifici, sporadici, talvolta anche completamente sganciati da tessuti normativi più ampi, non possono complessivamente creare un nuovo diritto, perché mirano a regolare settori specifici, considerati di particolare e specifica rilevanza in determinati settori, per esempio dei traffici commerciali. L'uniformazione della risposta a queste esigenze è l'obiettivo delle direttive, ma nel momento in cui una determinata direttiva viene recepita nei singoli ordinamenti nazionali, se essa non si inserisce in un tessuto di regole e principi transnazionali condivisi e armonizzati, le stesse norme vengono applicate e interpretate in modi diversi in ciascuno stato-nazione dai giuristi abituati a ragionare esclusivamente con gli strumenti teorici e normativi nazionali.

Gli "avvocati europei", come peraltro i magistrati, dovranno essere in grado di ragionare con quella duttilità e quella capacità di interpretare il diritto che possono venire solo da un'approfondita conoscenza della comune tradizione giuridica, nonché delle analogie o differenze, vere o solo apparenti fra i diversi modelli nazionali: in caso diverso non si potrà formare un "diritto europeo" uniforme, neanche, paradossalmente, se si arrivasse a comporre un Codice europeo; anche regole formulate in modo eguale per tutte le nazioni europee troveranno interpretazione e applicazione differente se i giuristi chiamati ad interpretarle e ad applicarle avranno ancora una formazione rigidamente condizionata dalle tradizioni dei singoli stati.

In questo contesto il compito dell'Università, così fortemente sollecitata dalle esigenze di una razionalizzazione della prassi, non può che essere quello di indirizzare la ricerca scientifica e, correlativamente, gli obiettivi della didattica, alla formazione di una nuova figura di giurista, educato ad una scienza giuridica transnazionale, ed in grado di utilizzare strumenti interpretativi e operativi non circoscritti ad una specifica realtà nazionale.

Grazie.

---

### **Dottor Davide Iori**

Innanzitutto, anche se l'ora è tarda e ci siamo assottigliati, però ritengo, avendo da due anni e otto mesi cambiato un pochino l'ottica del mio lavoro, che il seme europeo, il seme dell'Europa, la passione per l'Europa e quindi la passione anche per lo spazio giuridico europeo consenta di fare anche oggi da parte mia un breve intervento in tempi europei, che sono dai 10 minuti ai 15 minuti, anche perché è stato detto direi quasi tutto, e non vorrei trovarmi nella posizione di essere il penultimo o l'ultimo, in quanto il terreno è già stato ottimamente arato e seminato dall'intervento di Guido Calvi, il quale ha

collocato la problematica oggi della formazione dell'avvocato europeo nel giusto quadro di riferimento all'ordinamento istituzionale europeo, allo spazio giuridico europeo, al diritto sostanziale europeo.

Per la parte che qui rappresento, ed è mio dovere lavorando da circa appunto due anni e otto mesi come consigliere giuridico preposto legislativo col ministro delle politiche unitarie, è mio obbligo anzitutto e mio piacere portarvi il saluto del ministro, il quale ha creduto, assieme al suo staff giuridico, nello spazio giuridico europeo e in particolare ha creato, presso il Dipartimento Politiche Unitarie della Presidenza del Consiglio un laboratorio, tra virgolette, un laboratorio giuridico europeo, che è stato costituito dal comitato per l'accesso alla giustizia europea, sottocomitato penale e sottocomitato civile, comitato formato da docenti universitari, da avvocati, da magistrati. Il numero era molto ampio e oggi mi debbo dolere che purtroppo non è stato consentito in quell'occasione poi di chiamare tutte le forze, così come oggi, per il Consiglio dell'ordine di Roma era presente l'avvocato Battista, era presente l'avvocato Frigo, erano presenti altri professionisti romani e italiani, ci sono stati apporti di magistrati di tutta Italia, di docenti di tutta Italia. E questo laboratorio secondo me è stato importante perché in concreto il laboratorio si è creato, è venuto fuori quello che è in embrione a mio avviso della figura del giurista europeo, perché quando si sta in questa commissione o si perda e ci si incontra in un fenomeno di fecondazione collettiva, i propri particolarismi, la propria provenienza, magistrato, avvocato docente, e qualcosa che ti serve a vedere da un angolo in una visione comune il diritto europeo, lo spazio giuridico europeo, il diritto penale comunitario, il diritto societario comunitario, usiamo già queste parole, e non si crea un'esperienza da laboratorio, perché il meglio della propria esperienza, così come avviene oggi per questa iniziativa lodevolissima, mi pare sia la seconda del consiglio degli avvocati di Roma, di potersi incontrare tra coloro che credono in Europa nello spazio giuridico europeo, forti di esperienze giudiziarie passate, ho incontrato qui l'amico Martellino del quale sono stato uditore giudiziario, lui mi parlava delle rogatorie, io ne ho fatte molto di meno, mi ricordo molto di meno, sono stato molto fortunato, una volta per esempio mi fu sconsigliata una rogatoria in Bolivia, c'è qualche problema, deve stare asserragliato in albergo. Però il fatto di provenire, così come oggi il consiglio dell'Ordine ha fatto, dall'esperienza giudiziaria e dall'esperienza di studio di riflessione, così come noi abbiamo fatto al dipartimento politiche comunitarie, consentitemi di parlare un pochino a braccio, ha fatto sì che poi si creasse veramente un ambiente ed un laboratorio giuridico in cui viene man mano fuori la figura del giurista europeo nel quale pure si situa l'avvocato europeo.

E' una figura in prospettiva. Fino ad un certo punto. Mi sembra che stamattina è stato autorevolmente detto, io però mi sono permesso una volta andando a fare una chiacchierata agli amici uditori giudiziari, dico: guardate che siete già magistrati europei, il diritto comunitario si applica, si integra nel diritto interno, già potete disapplicare la norma in contrasto con la normativa europea come giudici. Speriamo che in quel momento siate preparati così come io ero impreparato e sarei impreparato se non avessi avuto la fortuna di studiare ancora appartandomi un po' dalla vita attiva giudiziaria,

il diritto comunitario. Quindi già siamo tutti non solo in nuce, già siamo in nuce e forse anche la nostra esperienza avvocati europei, magistrati europei, docenti universitari europei.

E perché questo laboratorio è importante? Perché oltre alle varie scuole di specializzazione, oltre ai corsi, anzi mi auguro che il diritto comunitario, direi anche il diritto europeo, così come nell'atteggiamento di questo consiglio dell'ordine abbia sempre più spazio, non per una questione di cariche, o una questione di insegnamenti, ma proprio come oggi per confrontare reciproche esperienze, perché appunto l'avvocato europeo si inserisce in questo momento di formazione di uno spazio giuridico europeo il quale però è già abbozzato, è già vivente. Il procuratore Martellino ha ricordato che, perlomeno nel penale il mandato d'arresto, o mandato di cattura europeo, correttamente da nominare, ha creato un diritto penale, un circuito procedurale che si è anche arricchito anche del secondo libro verde dei diritti degli indagati e degli imputati. E quindi quanto oggi diceva l'amico Battista guardate che anche nella costituzione europea, o trattato per la costituzione europea, nelle 450 norme c'è una parte la quale già disciplina la cooperazione giudiziaria e la cooperazione di polizia come qualcosa di costituzionalizzato, però anche il giusto processo, si parla del giusto processo, anche la formazione dell'operatore giudiziario. Effettivamente già in altri convegni, in altre chiacchierate mi ero permesso di rilevare come quando si parla appunto dei mezzi e degli strumenti che l'Unione Europea deve dare, o darà, per la formazione di magistrati operatori giudiziari, ecco, definire l'avvocato un operatore giudiziario è giustissimo, però mi sembra che forse si poteva citare magistrati o avvocati o operatori giudiziari, perché anche i magistrati sono operatori giudiziari. E quindi la formazione è diventata e diventerà un valore costituzionale europeo, nel senso che finalità della Unione Europea è anche favorire una formazione comune, sulla quale peraltro già ci stiamo muovendo come testimonia questa riunione di oggi. Anche se la costituzione non ci dice quale avvocato, quale magistrato, quale giurista europeo. E qui per la categoria degli amici avvocati siamo in presenza di una scelta, siamo in presenza di alcuni modelli, oltre ai modelli nazionali delle professioni abbiamo un nostro modello dell'avvocatura, ma anche qui in Italia è in corso un dibattito, quando si dice: avvocato organizzato, studio legale organizzato, imprenditore, o avvocato della figura classica, tutore e garante dei diritti, artigiano del diritto che coniuga l'umanità e la sapienza e la tutela della libertà. Siamo in presenza di due modelli che voi avvocati e avvocatura state dibattendo, anche con manifesti, con articoli, portando nel dibattito politico giuridico i due modelli. Mentre nel precedente convegno tenuto presso la Cassazione mi sembrava che fosse emergente ancora l'insistere su una figura di avvocato italiano ed europeo, legato alla figura classica, direi sociologica del professionista libero, che oggi è stato definito tuttofare, nel senso naturalmente positivo di questo termine, alternativo a quello specializzato, riguardando qualche dichiarazione anche del commissario europeo Monti rileggendo un ottimo resoconto che accompagnava i lavori europei, ma anche definire l'avvocato, il professionista partecipa al circuito dell'economia del mercato europeo non è qualcosa che diminuisce, è riconoscere la sua funzione e tutta una serie di ambiti specialistici, che sono il diritto

societario, la materia delle frodi comunitarie, la tutela del consumatore, l'attività di consulenza per quanto riguarda questi mutui riconoscimenti. Il sistema del mutuo riconoscimento tra il diritto contrattuale inglese e il diritto contrattuale italiano, il modello francese e il modello tedesco, siamo sicuri che anche connotare in modo non mercantile mercantilistico, anche se oggi si è detto da parte degli storici del diritto che nulla di male c'è, il diritto commerciale non è un diritto inferiore o anche il diritto dell'economia, allora anche integrare e forse pretendere di aspirare ad una figura di avvocato il quale sappia coniugare nel lato organizzativo nella sua specificità, specializzazione, così come avviene in altre professioni, i momenti dell'economia e del mercato, che pure ha bisogno di un mediatore giuridico, e chi se non l'avvocato?! E' stata combattuta una battaglia da parte degli avvocati affinché altre categorie professionali, a cui va la nostra stima (notai, commercialisti, ragionieri) non usurpassero (medici legali non se ne dolgano) non avventuratevi in un campo di valutazioni giuridiche che deve essere del professionista avvocato. Allora dire anche che per una parte occorre un avvocato specializzato, un avvocato inserito nell'economia del mercato europeo non è togliere ma forse è aggiungere in chiave moderna, o vogliamo dire soltanto avvocato d'affari con punto interrogativo? Ma non è richiesto soltanto questo all'avvocato europeo, pensate al campo della tutela dei consumatori; pensate al povero cittadino italiano europeo, il quale è soggetto, oltre che alle leggi italiane, che sono 50 mila mi pare, anche a tutte le normative, le direttive, le risoluzioni, che oggi anche nell'esercizio del commercio spicciolo rientrano. E da chi andare se non dall'avvocato visto nella sua figura di iuris consultus anche come consulente del cittadino, del commerciante, del medico. Questo dibattito che pure esiste, tra mantenere la figura tradizionale del libero professionista, tutore del garante delle libertà e degli interessi dei cittadini, a mio avviso non è esclusiva ed alternativa rispetto alla figura voluta dalla normativa europea, almeno come orientamento, e dalla stessa legge che è in discussione sulle professioni di connotare anche secondo profili imprenditoriali la sua attività organizzata quando l'imprenditorialità la riportiamo al momento dell'economia del mercato, nel quale pure si sostanzia la figura di mediazione giuridica e di composizione di conflitto di interessi, contenzioso e precontenzioso, anche prima di arrivare all'autorità giurisdizionale nazionale ed europea. Quindi questo penso che possa essere forse oggi l'oggetto ulteriore di questa riflessione rispetto al convegno del 25 maggio. Quale modello, se il modello è un modello il quale è già attuale oppure c'è una ricerca del modello da avvocato, oppure non ci sono modelli ma sarà la realtà storica, sociale e giuridica poi influenzandosi reciprocamente con le leggi e con gli elementi di diritto comparato, e coi modelli normativi europei, a creare questo tipo e a dirci qual è la figura di avvocato, in astratto o in concreto, forse più in concreto, che è richiesta dalla società europea.

E' vero che ci debbono essere però degli standard comuni ancora di formazione giuridica eguale, a mio avviso, del giurista europeo, avvocato magistrato, è stato ricordato anche opportunamente pubblico funzionario, anche l'amministrazione intesa come servizio ai cittadini in senso nobile, ha bisogno di giovani i quali vengono da scuole giuridiche nelle quali ci sia perlomeno un minimo standard di conoscenze giu-

ridiche, e quindi l'abc del comunitario, piaccia o non piaccia, bisogna imporlo penso anche ai giovani magistrati, ai giovani avvocati come mi pare già avvenga; consapevolezza professionale e coscienza deontologica per tutti, e finalità di garanti di diritti e promotori dei diritti dei cittadini e delle libertà tornando a quella figura classica che poi è la figura, avendo anch'io fatto l'avvocato, procuratore legale nel '77 per un anno e mezzo che a me piaceva soprattutto nel settore del penale.

Siamo chiamati e siete chiamati, anche come Consiglio dell'Ordine di Roma, e siete forse i primi in Italia o i secondi, ma i primi come attenzione a queste iniziative, a contribuire anche voi a questo sogno europeo del quale oggi l'amico e profondo conoscitore della realtà istituzione giuridico-europea Martellino diceva: guardate che la realtà poi è diversa dal sogno. Però giorni fa un mio caro amico e collaboratore, mi ha fatto omaggio per il mio compleanno di un bel libro "Il sogno americano" di Jeremy Rifkin, che è uno dei maestri a pensare dell'economia ma anche delle istituzioni americane. Ieri sera cercando uno spunto, ma non soltanto per fare bella figura ai vostri occhi, ho visto due parafresetti, uno anche sull'Europa del diritto, sui diritti, e qui dico: ma se questo americano dice addirittura il sogno attuale non è più il sogno americano, che sarebbe superato storicamente, ma l'Europa sarebbe l'unica in cui ancora è in corso (cito testualmente) è ancora una volta il luogo in cui si forma il futuro. E vedo che i diritti fondamentali di questo trattato costituzionale europeo, criticamente esaminato dall'amico avvocato Battista, avrebbero una esplicazione più ampia addirittura, dice Rifkin, della carta delle Nazioni Unite o di altri trattati costituzionali. Addirittura la spinta alla costruzione dell'Europa del diritto, così come ha detto il ministro Buttiglione, questo lo dico per correttezza, nelle audizioni, voglio un'Europa del diritto e non solo Europa dell'economia e del mercato, è ancora una intenzione e forse un sogno. Dico allora questo fatto che questo sogno europeo è ancora qualcosa di attuale, forse superiore al sogno americano, dovrebbe dirci qualcosa e farci essere ottimisti anche circa la possibilità di creare nella viva realtà un avvocato europeo, un giurista europeo. Grazie.

---

### **Avv. Fioravante Carletti**

**Diamo la parola al dottor Cesare Martellino** che ci parlerà dell'Eurogiast.

### **Dottor Cesare Martellino**

**A**nzitutto un saluto a tutti i presenti, i partecipanti a questo convegno che mi sembra che abbia un tema abbastanza stimolante. Poi se mi permettete vorrei fare un ringraziamento particolare al professor Cassiani, presidente del Consiglio dell'Ordine, e all'Avvocato Carletti coordinatore del Centro Studi, l'avvocato Battista e tutti i componenti del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma per questo invito, perché mi dà due opportunità per me importanti: la prima è quella di rincontrare tanti amici e tanti avvocati, adesso che sto fuori, e quindi la cosa mi fa molto piacere, tanti amici e tanti avvocati con i quali per tanti anni mi sono incontrato nelle aule di tribunale, ho usato la parola "incontrato", non è un errore, non mi sono mai scontrato, io credo che il nostro



lavoro – mi potranno dare atto quelli che mi conoscono – sia sempre stato nell’ambito delle reciproche competenze però massimo rispetto dei ruoli di ciascuno. Quindi questa è la prima opportunità. La seconda opportunità è quella di poter spiegare cos’è Eurogiast, perché effettivamente devo dire, e questo non per i non addetti ai lavori ma purtroppo anche per gli addetti ai lavori (parlo dei miei colleghi) Eurogiast è qualcosa di misterioso, una specie di cosa buffa, nessuno la conosce molto bene. Quindi tutte le occasioni per me sono buone per poter quantomeno spiegare e dare un’idea di cosa Eurogiast, di come si inserisce in quello che è lo spazio giuridico europeo, che è qualcosa di ben più complesso. L’Eurogiast, prima di entrare nella spiegazione di cosa è Eurogiast, devo premettere che Eurogiast è l’ultimo tassello, ma non è il tassello definitivo, nella costruzione di uno spazio giuridico europeo. Lo spazio giuridico europeo è stato previsto per la prima volta dal Trattato di Amsterdam del 1999, praticamente il trattato di Amsterdam dedica pochi articoli, dal 29 al 35-36, quindi pochi articoli allo spazio giuridico europeo, cioè ad un insieme di organismi che hanno il compito di favorire la cooperazione e il coordinamento delle azioni giudiziarie in Europa tra i paesi. Lo scopo di queste norme è quello di proporre il rafforzamento della cooperazione giudiziaria in materia penale. In questi anni è stato fatto uno sforzo, sono stati creati vari organismi nell’ambito di questo spazio giuridico europeo, sono stati creati vari organismi proprio con lo scopo di rafforzare questa cooperazione che pare diventata necessaria per affrontare una criminalità (stiamo parlando ovviamente di penale) che si è ormai internazionalizzata, si è ormai globalizzata, e purtroppo nella comunità dobbiamo fare i conti con tanti sistemi diversi, tanti ordinamenti diversi, tanti sistemi penali, tanti sistemi procedurali diversi. E la criminalità che è sempre un gradino avanti agli investigatori, è chiaro che approfitta proprio di questa diversità e si va ad inserire dove c’è una maggiore possibilità di avere minore contrasto, quindi approfitta proprio, data anche la possibilità della libera circolazione, approfitta dei sistemi che hanno meno garanzie, hanno meno forza di contrasto.

Quindi per ovviare a questa frammentazione e cercare di unire le forze per combattere questi crimini crossbord che sono crimini transnazionali ovviamente, si sono creati vari organismi. Li ricordo brevemente per dire come si inserisce poi Eurogiast in tutto questo. Già nel trattato di Maastricht nel 1992 era stata prevista l’istituzione di Europol, che è un organo di coordinamento delle polizie. Questo organismo poi è stato istituito con una convenzione del 1995 e ha cominciato a funzionare, funzionare forse è una parola un po’ grossa, ha tanti problemi ma è dal 95 che hanno messo insieme una struttura molto consistente, perché credo che ora occupino circa 7-800 persone, hanno una sede all’Aia, vicino a noi, però come contenuto e come risultati della sua attività non è che stia brillando molto, tanto è vero che tutti i consigli dei ministri degli esteri e degli interni della Comunità che avvengono periodicamente in occasione delle varie presidenze, sottolineano sempre la necessità di ristrutturare questo ufficio che non sta dando risultati brillanti. In sostanza Europol non fa un coordinamento di indagini, ma raccoglie informazioni da parte delle autorità di polizia dei vari paesi e sulla base di queste informazioni dovrebbero compiere un lavoro di analisi che dovrebbe essere di



supporto per le azioni delle polizie dei vari paesi. Senonché cosa succede? Noi lo sappiamo, vediamo anche l'Italia, quando un corpo di polizia porta avanti delle indagini, ha delle indagini in corso, raccoglie degli elementi, ha molta difficoltà a trasferire queste sue conoscenze e queste sue indagini ad altri organi di polizia, perché ovviamente vuole portare a termine, vuole avere un risultato. E così succede anche a livello internazionale, quando una forza di polizia sta conducendo una indagine, quindi ha degli elementi a sua disposizione, con difficoltà li mette a disposizione di Europol e quindi di altre polizie perché vuole prima concludere l'indagine. Quindi il risultato qual è? Che Europol raccogliere, sta raccogliendo soltanto dei dati di indagini concluse, soltanto indagini che ormai non hanno più nessuno sviluppo mentre invece sarebbe molto più importante che avesse notizie, avesse dati su persone, numeri di telefono, indirizzi, residenze, per le indagini ancora in corso.

Europol è stato il primo organismo. Poi nel 1996, sempre nell'ambito dello spazio giuridico europeo, un'azione comune ha istituito la figura del magistrato di collegamento. Sono tutte figure per la verità che – l'ho detto in premessa – che non sono molto conosciute neanche dai miei colleghi, e poi vi dirò che anche io, quando facevo questo lavoro, mi trovavo in procura molte volte e avevo delle difficoltà per esempio a fare delle rogatorie, neanche io sapevo bene dell'esistenza, anzi ignorava l'esistenza almeno di qualche organo di questo. Ci sono i magistrati di collegamento che hanno proprio lo scopo di facilitare, accelerare attraverso l'istituzione di contatti diretti lo scambio di informazione, di dati statistici oppure di favorire per esempio tutte le rogatorie e le estradizioni, questo ovviamente su base bilaterale. Questa è un'azione comune del '96, in Italia avevamo, fino all'anno scorso, soltanto un magistrato di collegamento in Francia. Non avevamo altro, mentre invece altre nazioni ad esempio la Francia ha magistrati di collegamento in tutta l'Europa. E così anche il Regno Unito. Noi adesso dall'anno scorso abbiamo altri due magistrati di collegamento, uno in Spagna e uno nel Regno Unito, in Gran Bretagna. A questa figura del magistrato di collegamento nel '98 si è aggiunta poi un'altra struttura, che è la rete giudiziaria europea, che è composta da autorità distribuite in ciascuno stato membro e che ha lo scopo appunto di favorire la cooperazione giudiziaria in materia penale. Vedremo che lo scopo di questi organismi molte volte si sovrappongono tra di loro, hanno quasi tutti lo stesso scopo, occorrerebbe un convegno apposta per dire dove si possono differenziare, ma sostanzialmente dobbiamo dire che la rete si differenzia un po' da Eurogiast (come dirò dopo) soprattutto perché anzitutto non è una struttura permanente, ma ha dei punti di contatto ognuno che risiede nei vari stati, e poi perché non ha alcun potere di impulso che invece ha Eurogiast come poi dirò in seguito. La rete giudiziaria europea in Italia è composta da punti di contatto che si trovano nelle 26 procure distrettuali e più la direzione seconda del Ministero di Grazia e Giustizia. La rete è, almeno per i contatti bilaterali o trilaterali, è un organismo abbastanza funzionale, non funziona molto soltanto perché non è conosciuto. Dicevo prima la mia vecchia esperienza da pubblico ministero, io ho fatto nella mia carriera tantissime rogatorie, e quante volte noi ci trovavamo di fronte a una rogatoria, dovevamo chiedere qualche cosa, non sapevamo dove era localizzata la per-

sona che dovevamo interrogare, non sapevamo qual era l'autorità competente. Allora cosa facevamo? Alla competente autorità. E voi non sapete cosa succede con questa competente autorità. Noi la mandiamo al Ministero, il Ministero della Giustizia la manda al nostro Ministero degli Esteri in Italia, il quale Ministero degli Esteri la manda al suo ministero degli esteri corrispondente del paese, stavamo parlando del Belgio; il ministero degli esteri del Belgio una volta ricevuto la manda al Ministero della giustizia, il ministero della giustizia individua l'autorità competente, quindi passano sei mesi soltanto per sapere dove va la rogatoria. Invece con la rete, attraverso il contatto con la persona designata, immediatamente attraverso la rete si riesce a sapere a chi si deve rivolgere e qual è l'autorità competente. Qual è il posto, qual è la località; c'è anche un programma, che si chiama Atlas, che è nella rete, al quale i magistrati possono tutti accedere con una password che io adesso non ho, ma tanto non credo sia molto utile per voi, dove si riesce a sapere proprio se uno vuole chiedere intercettazioni telefoniche, se uno vuole sentire un testimone, se uno vuole interrogare un imputato, se si tratta di furto, se si tratta di terrorismo, ti indica, schiacciando un bottone, qual è l'autorità competente, con tutti gli indirizzi e i numeri telefoni. Quindi questo era uno strumento utilissimo che anche io ignoravo per la verità, ma questo per dimostrare che molti strumenti ci sono ma non vengono utilizzati.

Ultimo: è stata creata, prima di Eurogiast, l'Olaf, che è stata creata nel 99, l'ufficio europeo di lotta antifrode, e si occupa, è un organismo amministrativo che si occupa delle frodi al bilancio comunitario. Su questo non voglio intrattenervi oltre.

Ad integrazione di tutto questo sistema ecco che nasce proprio cercando di realizzare il più possibile questo spazio giuridico europeo, nasce nel febbraio del 2002 l'unità definitiva denominata Eurogiast. Come nasce Eurogiast? E' importante anche vedere un po' la genesi di questa istituzione. Eurogiast, l'idea di Eurogiast nasce per la prima volta a Tampere (Tampere è una località della Finlandia) il 16 ottobre del 99 venne tenuto per la prima volta un consiglio dei ministri, dei primi ministri e dei capi di governo di tutta la comunità, per la prima volta un consiglio dei ministri dedicato esclusivamente ai temi della giustizia. In quella sede venne appunto previsto di creare questa istituzione, questo organo di cooperazione chiamato Eurogiast, sulla base già di altri studi che erano stati fatti sia dalla commissione e sia dal consiglio. In quella stessa sede tra l'altro, per inciso, venne anche deciso di creare le squadre investigative comuni che poi vennero istituite con una successiva decisione.

Il trattato di Amsterdam, quello del 99, non prevedeva nulla, non parlava di Eurogiast, mentre invece il trattato di Nizza, quello successivo, del 26 febbraio 2001, che ha apportato delle modifiche soprattutto all'articolo 31 del trattato, parla espressamente di Eurogiast come strumento di cooperazione tra autorità giudiziarie degli stati membri. Quindi siamo arrivati, detta la genesi di Eurogiast e come si inserisce e quali sono i suoi rapporti con gli altri organismi già esistenti, vediamo come è composta anzitutto.

Eurogiast è composta da un membro, un rappresentante nazionale per ciascuno degli stati membri dell'Unione, eravamo 15 e adesso siamo diventati 25 a seguito del-

l'allargamento. Il rappresentante è uno solo ma può essere assistito da uno o più assistenti, la maggior parte dei membri non ha un assistente, quindi è solo, ma i paesi più grandi, come appunto l'Italia, la Spagna, la Gran Bretagna, la Francia, la Germania hanno gli assistenti, molto spesso questi assistenti sono magistrati. Quali sono gli scopi di Eurogiast? Soprattutto sono due, quale è il suo ambito di attività. Eurogiast ha sostanzialmente due compiti primari, il primo è quello del coordinamento delle azioni giudiziarie in corso nei vari paesi, ovviamente in relazione a certi tipi di reati, reati transnazionali, cioè reati che travalicano i confini nazionali. Il secondo scopo è quello della assistenza giudiziaria, presta assistenza giudiziaria soprattutto nei rapporti non bilaterali, quell'assistenza la può fare anche la rete giudiziaria, ma soprattutto nei rapporti tra 2 o 3 o 4 paesi. Presta assistenza cosa vuol dire? Vuol dire che facilita l'esecuzione delle commissioni rogatorie, facilita le estradizioni, e questo è forse il compito più semplice, il meno importante di Eurogiast ma è quello che dà sicuramente i maggiori risultati.

Questi sono i due compiti principali che sono stabiliti dalla decisione istitutiva. Poi ci sono comunque altre decisioni quadro che stabiliscono una competenza di Eurogiast, voglio solo ricordare la decisione quadro sulle squadre investigative comuni, che ancora non è stata implementata né ratificata dall'Italia e anche prevede un ruolo incisivo di Eurogiast anche le decisioni quadro sul mandato di arresto europeo, perché prevede appunto che nel caso di ritardi nell'esecuzione dovrebbe essere sempre informata Eurogiast la quale dovrebbe individuare quali sono i motivi, gli ostacoli che si sovrappongono a una rapida esecuzione. Eurogiast dovrebbe dare anche un parere nel caso di concorso di richieste sulla stessa persona proveniente da più stati.

E' ovvio che questi sono i due campi, i due scenari dove si muove l'attività di Eurogiast, però una cosa va detta subito: che Eurogiast, così come è stata concepita, l'impostazione che ha avuto non è quella di un'azione in termini di obbligatorietà ma solo di facoltatività. Cosa voglio dire? Voglio dire che effettivamente sui compiti di Eurogiast ad esempio c'è scritto che si può chiedere ad uno stato di aprire un'azione penale, si può indicare qual è in caso di più azioni nello stesso tempo, per la stessa fattispecie di reato Eurogiast può indicare qual è l'autorità maggiormente competente, quindi dirimere un conflitto di giurisdizione, può fare tutte queste cose però le può fare soltanto in termini di facoltatività, nel senso che le sue direttive hanno un valore alla fine di raccomandazione perché non hanno alcun potere vincolante. La cosa cambierà, come dirò alla fine, con la nuova Costituzione europea dove sembra che venga ritagliato un ruolo un po' più cogente a Eurogiast. Per adesso Eurogiast non può che fare raccomandazioni, ad esempio quando chiede di istituire una squadra investigativa comune, quando chiede di aprire un'azione penale, quando chiede di avviare un coordinamento bisogna distinguere tra la posizione, perché Eurogiast ho dimenticato di dire, lo dico adesso, che è composta sostanzialmente di due organismi, cioè i rappresentanti nazionali che hanno proprie competenze e il collegio di Eurogiast. Il collegio di Eurogiast interviene per materie particolari, materie di interesse generale ed è composto da tutti i membri. Poi c'è l'attività di rappresentanti nazionali, che è sostanzialmente analoga, si differenzia soltanto per un particolare: che il membro nazionale può fare

tutte quelle cose che dicevo, cioè chiedere di aprire un'azione, chiedere di coordinare, chiedere di istituire una squadra investigativa comune, però la sua ha valore di pura e semplice raccomandazione, ha valore di raccomandazione anche lo stesso potere esercitato dal collegio. Però in questo caso, quando viene esercitato dal collegio, il paese che riceve questo tipo di richiesta deve motivare il suo rifiuto, questa è la differenza, invece se lo fa il membro nazionale è una raccomandazione che può pure lasciare il tempo che trova.

Quanto alle competenze. Le competenze del membro nazionale sono relative (parlo dei reati di competenza) ai più gravi reati, quindi basti citare il terrorismo, la tratta degli esseri umani, traffico internazionale di stupefacenti, l'emigrazione clandestina, la falsificazione dell'euro, criminalità informatica. Ovviamente sono tutti i reati più gravi.

Volevo soltanto darvi un'idea di come si svolge poi in pratica il nostro lavoro. Noi, altro limite sostanziale di Eurogiast, anche se ha dei poteri di iniziativa e di impulso, perché dovrebbe raccogliere dei dati poi potrebbe proporre azioni di raccordo, potrebbe proporre un coordinamento di indagini, qualora sia a conoscenza di indagini, a tutti i paesi, quindi ce l'ha un potere di impulso, però il limite è quello che intanto Eurogiast può lavorare in quanto a Eurogiast si rivolgono le autorità giudiziarie competente. E' per quello che all'inizio dicevo che è poco conosciuto, perché se nessuna autorità giudiziaria competente, nessun pubblico ministero si rivolge a noi, noi quindi non abbiamo né i dati per poter esercitare azioni di impulso né possiamo poi attivarci per proporre un coordinamento. Quindi in tanto Eurogiast può lavorare in quanto viene investita dei casi da parte delle autorità giudiziarie competenti. Devo dire che su questo l'Italia, almeno le procure italiane, quelle più grosse, le procure piccole ci ignorano, con quelle grandi lavoriamo in continuazione, devo dire che l'Italia ha dimostrato abbastanza sensibilità, infatti se si vedono le statistiche dell'attività che svolgiamo, abbiamo già le statistiche del 2001, 2002, 2003 e 2004, vediamo che l'Italia in certi casi era al primo posto, in certi altri casi al secondo o al terzo posto. Siamo quelli che hanno un maggior numero di casi aperti. Io so cosa vuole dire avere tanti casi aperti, lo so a spese mie, ciò significa che io ho dovuto sensibilizzare i colleghi, li ho chiamati, partecipo spesso a convegno, ho spiegato cosa facciamo, e i colleghi si rivolgono a me. Ho fatto presente ai miei colleghi di Eurogiast, dico: vedete l'Italia come risponde bene, abbiamo un sacco di casi. Sapete come mi hanno risposto? Se avete tanti casi vuol dire che avete tanti delinquenti in Italia. Però non è così, perché veramente ci sono dei paesi che hanno dimostrato completa insensibilità a queste istituzioni. Noi abbiamo le statistiche, ci sono dei paesi che anche prima dell'allargamento, che non è che hanno pochi casi, hanno zero, non è ammissibile che paesi come l'Irlanda, paesi come il Portogallo, in certi casi zero zero zero. Ciò significa che per anni interi, 1, 2, 3 anni non hanno avuto un caso aperto, e questo non è possibile perché ovviamente anche lì esistono indagini di tipo transnazionale. Le nostre statistiche sono separate tra paesi, per paesi richiedenti e paesi richiesti, quindi molti di questi paesi invece hanno parecchie richieste che provengono da altri stati, ma sono loro che non chiedono perché evidentemente le loro

autorità giudiziarie non hanno, quantomeno secondo me non conoscono questo tipo di organismo.

Questo organismo alla fine, non so se il senatore Calvi ha parlato dei poteri del membro di Eurogiast, ci sono in Italia parecchi problemi sulla configurazione della natura giuridica dei poteri, però è un po' una cosa tutta italiana, e alla fine è una cosa che non incide sull'attività e sulla prassi lavorativa. Voi sapete che per Eurogiast tutti i paesi dovevano, entro il 6 settembre del 2003, dovevano conformare la propria legislazione, quindi implementare la decisione istitutiva di Eurogiast. L'Italia non lo ha fatto, e quindi sostanzialmente, infatti io ho partecipato a un convegno proprio la settimana scorsa, un collega si è alzato e mi ha detto: ma se l'Italia non ha ancora implementato la decisione, tu cosa stai a fare lì? praticamente sei una figura virtuale, quindi non esisti.

Dico: no, la verità è che la decisione quadro è immediatamente efficace con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, spetta poi agli Stati, in base all'articolo 31 del trattato, stabilire modi e forme, tanto è vero che molti paesi, tipo l'Irlanda, la Gran Bretagna, la Svezia, l'Olanda, la Danimarca, non hanno ritenuto di implementare la decisione, dice che non era necessaria per loro, potevano rinvenire i poteri di Eurogiast all'interno del loro stesso ordinamento. Quindi la decisione è evidente che è già operativa.

E' un po' italiana questa discussione sui poteri perché alla fine, per esercitare i poteri il membro nazionale di Eurogiast, quelli che dicevo, i poteri di promuovere il coordinamento delle azioni giudiziarie, quello di aiutare nell'assistenza giudiziaria, alla fine quello che serve è poter accedere alle informazioni, questo è l'unico potere importante che deve avere il rappresentante nazionale di Eurogiast, non deve avere poteri giudiziari, è inutile che si parli di poteri giudiziari, io intanto non potrò mai fare intercettazioni telefoniche, disporre perquisizioni, è una cosa che assolutamente non potrò mai fare. Quello che a me serve è che io possa chiedere informazioni, e questo al momento tutti i colleghi nessuno li ha mai rifiutati pur non avendo un potere cogente ogni volta che io mi rivolgo ai colleghi per avere delle informazioni mi mandano atti ed informazioni, e sulla base di questo, per la verità, Eurogiast sta funzionando abbastanza bene, perlomeno in certi paesi.

Vi volevo fare un esempio, per dire come funziona la nostra struttura. A Napoli mi si rivolgono dei colleghi che stanno trattando dei casi in materia di terrorismo islamico. Il terrorismo islamico in quest'ultimo periodo è stato quello che ha occupato di più la nostra attività. Dei colleghi si rivolgono a me e mi espongono la situazione. A Napoli è successo, che la procura sta indagando sul gruppo Salafita per il combattimento e la predicazione, che è un noto gruppo terroristico affiliato a Al Qaeda. Individuano basi, individuano passaggi di denaro, trovano armi, trovano intercettazioni telefoniche che dimostrano che stanno preparando attentati in tutto il mondo, e quindi riescono con queste prove a preparare una richiesta di misurare cautelare al GIP. Il GIP, probabilmente valutando rigorosamente la prova, che cosa fa? Dice: sì esistono questi elementi, che stanno preparando un attentato, ci sono queste intercettazioni, sono ele-

menti di prova, dice ma qual è la prova che il gruppo Salafita per la predicazione del combattimento sia un gruppo terrorista. Dice: manca il presupposto, dalle carte non risulta, non è noto. Senonché, sempre per non voler criticare, il gruppo Salafita è nella lista nera dell'Onu, tra i gruppi terroristici, e tra l'altro è anche stato inserito nella lista europea della Commissione sui gruppi terroristici, quindi risultava già. Comunque voleva delle prove. Allora i colleghi si rivolgono a me, mi chiedono se possono avere un incontro con i colleghi algerini, perché il gruppo è di provenienza algerina. Noi non abbiamo un trattato di assistenza con l'Algeria e quindi ho cominciato ad esercitare l'ingegno. Ho pensato: chi mi può aiutare? Mi rivolgo ai francesi. I francesi dicono: per carità, noi non vogliamo avere proprio a che fare con l'Algeria, non abbiamo nessun rapporto, anzi vi diffidiamo ad avere rapporti con loro perché lì c'è una violazione dei diritti civili, quindi assolutamente no.

Allora poi mi rivolgo alla Spagna, perché sono vicini, e la Spagna ha un magistrato di collegamento in Algeria. Tramite il magistrato di collegamento siamo riusciti a fissare un incontro. Mi reco in Algeria, insieme ai colleghi di Napoli, abbiamo un incontro col procuratore generale, con quelli che hanno seguito le indagini su questo gruppo salafita, e lì, sedutastante, ci mettono a disposizione tutte le sentenze passate in giudicato su questo gruppo, ordinanze cautelare nei confronti degli stessi personaggi, tutta questa massa di documentazione. Tutto questo è avvenuto nel termine di 10 giorni, se, chi conosce la normale prassi di assistenza giudiziaria, riesce a fare questo con il trattato di assistenza giudiziaria del 57, se ci riesce, è impossibile con i normali strumenti ottenere questi risultati. Ne abbiamo ottenuti tanti altri e non vi voglio tediare su questo, però volevo soltanto sottolineare il fatto che poi in concreto, al di là di come possa qualificarsi l'attività, i poteri del rappresentante nazionale, poi funziona nella prassi di tutti i giorni.

Vorrei concludere questo argomento per parlare delle prospettive future che sono importanti, perché poi sono le prospettive future dell'Unione Europea. Prima parlando con l'avvocato Battista si diceva preoccupato perché sembrava che stesse nascendo un diritto delle manette più che un diritto penale in Europa. Io lo tranquillizzerei perché qua prima che nasce qualche cosa di veramente funzionante, probabilmente non ci saremo più. Però quello che è certo è che quello che si frappone alla cooperazione internazionale, quello che si frappone alla realizzazione di un vero spazio giuridico europeo è ovvio che è la differenza delle legislazioni, la differenza degli ordinamenti, quindi quello che serve per prima cosa è un riavvicinamento di tutte le legislazioni degli stati membri. E questo si può realizzare soltanto con un sistema comune, che preveda sia il coordinamento delle indagini, e una legislazione soprattutto comune, sia sostanziale sia processuale che superi, o quantomeno attenui le barriere derivanti, le attuali barriere derivanti dai confini nazionali.

Il primo passo in questa direzione è stato fatto con l'elaborazione di un corpus iuris, un corpus iuris che conteneva tutta una serie di disposizioni penali che venne commissionato alla professoressa Mirelle Delmas Martid dell'Università della Sorbona. Il progetto era finalizzato alla sola tutela degli interessi finanziari e prevedeva la figura,



l'istituzione di un procuratore europeo, però titolare di indagini preliminari ma limitato soltanto a quei reati che ledessero interessi della comunità. La costruzione di questo sistema comunque prevedeva, aveva un limite, un limite che ancora c'è e ancora ci sarà, e cioè l'esistenza dei sistemi nazionali penali, perché era previsto comunque che il giudizio poi si sarebbe svolto sempre di fronte alle autorità giudiziarie nazionali, non ci sarebbe stata poi una corte comunque di giustizia sovranazionale.

Questo studio della dottoressa Mirelle Martid è rimasto abbastanza lettera morta, ma il procuratore europeo ha fatto dei passi avanti perché è stato ripreso dalla commissione, con uno studio chiamato Green Paper, dove si ribadiva la necessità di creare questo tipo di procuratore, sempre però con competenza limitata agli interessi finanziari della Comunità, e questa proposta della Commissione prevedeva che il Pubblico Ministero europeo avrebbe operato attraverso i procuratori europei, delegati nei rispettivi stati della comunità. Questa proposta è stata poi modificata dalla Commissione perché si è cercato da un lato di ampliare la competenza del procuratore europeo ad altri tipi di reati, reati ovviamente più gravi (quali il terrorismo, la tratta degli esseri umani, il traffico internazionale di stupefacenti) e dall'altro si è ritenuto che era inutile la creazione di un altro organo dal momento che esisteva Eurogiast che poteva svolgere la stessa funzione, e già era un organismo esistente che andava solo potenziato.

Questa impostazione della commissione è stata ripresa dalla nuova costituzione europea, che dovrebbe essere firmata a giorni proprio a Roma, ci sono i preparativi in corso. La costituzione europea prevede anche questa, la istituzione di un pubblico ministero europeo con competenza in tutti gli stati dell'Unione, con potere di iniziativa, sia in materia di reati che ledono gli interessi finanziari della comunità, sia in ordine ai più gravi reati transnazionali, e questa è la novità rispetto al precedente sistema delineato dal trattato di Amsterdam. Le linee guida del sistema però rimanevano le stesse, anche con la nuova costituzione, perché per quanto concerne il giudizio questo dovrà sempre svolgersi di fronte agli organi giudiziari, giurisdizionali degli stati membri. Quindi come vediamo è tutto un po' in itinere, perché poi le previsioni della costituzione europea dovranno sempre tramutarsi in normative comunitarie, quindi poi occorreranno delle leggi quadro, leggi quadro che avranno parecchie difficoltà ad individuare per esempio in Eurogiast il procuratore europeo perché il procuratore europeo dovrebbe poi avere una garanzia di indipendenza, che forse Eurogiast, proprio per la composizione dei propri membri, non può dare. Poi si tratta sempre di stabilire pure quali sono i poteri di indagine, cosa è possibile utilizzare, perché qui c'è sempre il problema della prova, come si può utilizzare una prova acquisita in un ordinamento con certe regole, poi in un altro ordinamento dove sono vigenti altre regole. Quindi è evidente che la strada da percorrere è anche abbastanza lunga. Secondo me si può, come sta facendo la comunità, si può solo fare una politica dei piccoli passi, una specie di diritto penale comune alla fine sta emergendo, perché ad esempio vediamo che il mandato di cattura europeo già prevede 32 figure di reati sui quali tutti i paesi hanno trovato un accordo e quindi già una specie di diritto sostanziale praticamente si sta avve-



rando, però è chiaro che conviene piano piano cercare con queste piccole normative, cercare di introdurre delle norme comuni.

Questo è sicuramente l'avvenire, l'avvenire che non potrà essere vicino perché parliamoci chiaro, nessun paese ha interesse a declinare la propria giurisdizione, nessun paese. Noi abbiamo purtroppo un grosso limite: che noi parliamo troppo, esplicitiamo e siamo trasparenti. Voi – scusatemi la digressione – voi tutti conoscete le storielle che raccontiamo da sempre, che sentiamo da sempre, c'è un inglese, un tedesco, un francese e un italiano dove fanno tutti la figura dei fessi e l'italiano poi fa una figura sempre bellissima, di furbastro. Non è proprio così, non è vero, noi invece in Europa non siamo per niente i più furbi, siamo quelli più trasparenti che si prendono le maggiori critiche perché parlano, perché gli altri non parlano e fanno i fatti. Faccio solo un brevissimo esempio e chiudo su tutto.

Sul mandato di arresto europeo ci sono tante perplessità che noi abbiamo manifestato e che stanno portando al rallentamento dell'approvazione della legge. Le perplessità ci sono, le conosciamo tutti, sono quelle delle garanzie, garanzie difensive, garanzie per il diritto individuale delle persone che vengono arrestate. I problemi sono tanti, noi li abbiamo sempre esplicitati, però io voglio ricordare un po' cosa successe quando cominciai a mettersi in cantiere il mandato di arresto europeo. I paesi più critici non era l'Italia, fra i paesi più critici c'era il Regno Unito e il Belgio. Il Regno Unito voi sapete forse è quello che più è geloso delle prerogative dei propri cittadini e quindi teme di più una lesione della loro sovranità, il Regno Unito che è il paese europeo per eccellenza, lo sto dicendo tra virgolette, perché non aderisce all'euro, non aderisce a Schengen, continua a fare politiche agricole a modo suo, quindi paese proprio anti-europeista per eccellenza, dopo le critiche al mandato d'arresto europeo è stato il primo paese che ha provato il mandato d'arresto europeo [...]

[...] Ma come è possibile? Hanno cambiato idea? No, non hanno cambiato idea, hanno fatto una legge di adeguamento che è molto più difficile da attuare della vecchia estradizione del 59, se si dovesse estradare qualcuno dall'Inghilterra era più facile estradarlo con la vecchia convenzione del 59 che con l'attuazione legge che hanno fatto di attuazione. Quindi la storiella dell'italiano furbo tutto sommato non regge.

Per concludere, la strada da fare sarà lunga, quindi io non temo manette a breve termine, perché nessun paese per adesso avrà questa intenzione, io quello che devo rilevare in questa mia breve esperienza, ormai sono quasi tre anni, in Europa, quello che devo rilevare, l'ho sentito dire anche prima della sospensione, che noi ci lamentiamo delle decisioni che vengono prese in sede europea ma non siamo mai presenti, è questa la verità. Io quello che ho potuto constatare è che in ambito europeo noi non ci siamo, non è che le leggi si fanno con i ministri, le leggi si fanno nella burocrazia, si fanno nel segretariato del consiglio, si fanno nel segretariato del parlamento, nel segretariato della commissione, noi non abbiamo nessuno, e non è che non abbiamo candidati perché quando si formano questi posti, io vedo le pubblicazioni, i candidati italiani sono tantissimi ma non vengono spinti, il nostro stato non li spinge, non ha alcun interesse. Poi,

perché sempre con la tendenza italiana si pensa, mah, faranno le leggi tanto poi non le applichiamo! Ma non è così, perché una volta che c'è una decisione quadro che è efficace, operativa con la pubblicazione noi prima o poi la dobbiamo applicare, possiamo prendere tempo, un mese, due mesi, un anno, due anni, tre anni, quattro anni, ma poi la dobbiamo applicare, e quella decisione è stata preparata dalla burocrazia del consiglio e della commissione, dove noi non ci siamo. Quindi è inutile lamentarsi alla fine, ma bisogna partecipare. Io vedo sempre nel mio piccolo ambito, Eurogiast, una piccola struttura, adesso siamo composti da 25, abbiamo una quarantina di personale amministrativo, e ci sono tutti greci che spingono moltissimo, spagnoli, che spingono moltissimo i loro governi, e italiano ce n'è uno solo. Ma può essere che noi abbiamo 7 spagnoli e un italiano?! Non vi voglio, le cose da dire sarebbero tantissime, io volevo solo concludere ringraziando ancora tutti e comunque disponibile per qualunque chiarimento vogliate chiedermi. Grazie a tutti.

---

### **Avv. Fioravante Carletti**

**Grazie.** E' arrivato, avevamo rinunciato a sentirlo, perché l'avvocato Emanuele si era allontanato verso le tre quando doveva fare questo intervento per un impegno che non poteva rinviare, per fortuna è tornato e quindi possiamo sentire anche lui. IL presidente Scotti tarderà ancora qualche minuto ma penso che sia molto interessante perché l'avvocato Ferdinando Emanuele che è consigliere dell'ordine degli avvocati di Roma, il più giovane consigliere che aita il vocabolo avvocato ma si prevede il martedì mi sembra del mese di marzo, manca l'orario ma purtroppo ... Io credo che questa costituzione sia poco condivisibile. Sia poco condivisibile non soltanto sotto il profilo dei diritti della difesa di un avvocato penalista, ma di un cittadino attento ai diritti fondamentali, perché io leggo e mi stupisco che laddove la carta per i diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata inserita in parte nel testo, bene, si dice poi all'articolo 111 che le disposizioni della presente carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'unione. Cioè vuol dire che quindi gli stati, in virtù di questa costituzione, sono tenuti al rispetto dei diritti fondamentali solamente nei settori di applicazione del diritto dell'unione, non in ogni caso, il che io credo sia una cosa assurda, perché i diritti fondamentali di per sé, come peraltro la Corte di giustizia ha avuto anche modo sin dal 74 di chiarire, sono settore di per sé di competenza dell'Unione perché si richiama a quei diritti fondamentali, si rifà, e invece qui vengono limitati soltanto nell'attuazione del diritto dell'unione. Quindi vuol dire che in tutti gli altri settori i diritti fondamentali non trovano tutela da una costituzione europea. Costituzione europea di un'unione, io mi chiedo che unione sia laddove l'italiano debba restare indifferente alla violazione di diritti fondamentali di un francese e viceversa, non mi sento unito sinceramente da questa costituzione europea.

Non sono neanche però tra coloro i quali sono a prescindere contrari ad una giurisdizione sopranazionale, o ad una integrazione europea anche nel diritto. Io ho sentito oggi diverse opinioni tra l'avvocato Battista, il professor Gentile, la professoressa Vacca, io credo che la mia opinione riassuma un po' quelle posizioni, io non ritengo che siano sottigliezze, come diceva il professor Gentile, queste mancanze, queste omissioni nella costituzione europea, o a determinate previsioni, come ad esempio la procura europea, ma ritengo anche che comunque ciò sia dovuto in parte all'assenza degli avvocati europei, degli avvocati italiani ma anche europei e dell'avvocatura in generale ai momenti decisionali relativi a procedimenti penali transnazionali. Io non vorrei che tale assenza fosse dovuta alla scarsa conoscenza del settore, alla scarsa conoscenza delle lingue, e vorrei comunque, mi dispiace che non c'è il collega Battista il quale, in tema di formazione oggi diceva: ci sono avvocati che espletano la pratica presso avvocati giovani, non hanno il maestro esperto, beh io devo dire che se io avbbiamo qui a Roma, ha avuto una grande esperienza di partecipazione a studi internazionali, grandi studi che sono quelli di cui abbiamo parlato tanto oggi, che sono l'esatto contrario dello studio artigiano, quasi tutti gli studi artigiani che stanno a Roma. Ci dirà qualcosa su come va fatta la formazione degli avvocati europei. Grazie.

---

### **Avv. Ferdinando Emanuele**

Io innanzitutto mi scuso per essere arrivato tardi a causa di sopravvenuti impegni professionali, ringrazio il consigliere Carletti per avermi invitato, anche a nome del Consiglio dell'Ordine ringrazio i relatori e tutti i partecipanti a questo incontro sulla formazione dell'avvocato europeo. E' un tema rispetto al quale non credo di avere titolo particolare per parlare, salvo un po', credo che la mia esperienza possa essere significativa, perché dopo aver trascorso il biennio di pratica forense e i cinque anni successivi presso studi legali di civilisti romani, di civilisti tradizionali poi grazie a una borsa di studio in diritto comunitario assegnatami dal consiglio nazionale forense ho trascorso sei mesi a Bruxelles, poi un master negli Stati Uniti e quindi oggi lavoro, tra l'altro dedicandomi prevalentemente al contenzioso, in uno studio di origine anglosassone.

Io vorrei, pensavo anche al contenuto di questa relazione quando Fioravante mi ha chiamato e io credo che sia importante, non so purtroppo se ne avete parlato, accennare ai luoghi in cui si può formare l'avvocato europeo, ai nuovi modelli organizzativi di studio legale che si vanno diffondendo, i c.d., con una definizione atecnica, grandi studi senza però avere compiuto una premessa di fondo che un po' guiderà tutta la mia relazione, io sulla base della mia esperienza sono profondamente convinto che l'avvocato europeo, come l'avvocato internazionalista, non è un avvocato del tutto diverso dal civilista italiano, dal civilista tradizionale, è invece un avvocato che affianca a delle imprescindibili conoscenze, come la conoscenza del diritto civile o la conoscenza della procedura civile e del societario anche delle ulteriori conoscenze, e enfatizzo ulteriori,

che sono conoscenze giuridiche, come la conoscenza del diritto comunitario, del diritto della concorrenza, e oggi sempre di più della procedura civile internazionale e delle conoscenze linguistiche perché occorre interagire con i colleghi stranieri e con i clienti stranieri, occorre parlare una lingua comune e in questo momento la lingua franca, la lingua principale è sicuramente l'inglese.

Per "grandi studi legali" si intendono degli studi di dimensioni appunto notevoli, che si sono diffusi negli ultimi 10-15 anni, prima a Milano e poi a Roma, e che sono costituiti da associazioni di numerosissimi avvocati con diverse formazioni giuridiche e con diversa competenza, spesso estensioni di studi legali di origine americana, londinese, o anche di altri stati dell'Unione Europea. Io credo che le dimensioni del fenomeno in Italia siano ancora abbastanza limitate, basti pensare che su 17 mila iscritti all'ordine di Roma non più di un migliaio di colleghi svolgono la loro attività professionale in studi di questo genere, ma basti pensare che mentre a New York o a Londra, o anche a Bruxelles, gli studi con più di 500 avvocati sono moltissimi, ancora in Italia ne abbiamo pochi e credo che il più grande abbia circa 200 avvocati. Vorrei soffermarmi su tre aspetti che riguardano questo convegno nella misura in cui è importante, soprattutto per i giovani colleghi che sentono parlare di formazione dell'avvocato europeo di diritto internazionale sapere a quali porte poter bussare, cioè sapere come ci si forma non solo da un punto di vista concettuale teorico ma anche da un punto di vista pratico. Vorrei parlare innanzitutto delle cause che sono all'origine della diffusione di questo fenomeno, del rapporto di complementarità o di concorrenza in cui questi studi legali, questi professionisti si pongono con gli avvocati, tra virgolette, tradizionali, è un termine assolutamente improprio che uso solo per contrapporli a questa diversa categoria, e poi vorrei sfatare una convinzione che secondo me è particolarmente erronea, siccome anche all'Ordine vedo continuamente giovani colleghi che hanno questa convinzione, credo che sia giusto contribuirvi a sfatarla, cioè la convinzione di molti neo laureati, di molti giovani colleghi, forse perché comprensibilmente sedotti da certe sirene, che il percorso di formazione dell'avvocato internazionalista, dell'avvocato europeo sia del tutto alternativo rispetto alla formazione del civilista tradizionale. E vedremo perché. Cominciamo dall'origine di questi studi. All'origine di questi studi vi sta senz'altro la ventata di novità che ha attraversato il mondo forense negli ultimi almeno 10 anni, sollecitata tanto da fattori socio-economici quanto da numerosi interventi normativi. Mi riferisco in particolare al programma di privatizzazioni, imponente programma di privatizzazioni che ha intrapreso il governo italiano fin dal 1993 e che ha richiesto particolari competenze agli avvocati incaricati di gestirle, e poi che ha riportato nel mercato privato dei capitali delle grandi aziende che operavano a partecipazioni pubbliche e con logiche del tutto diverse dalle altre. In secondo luogo un fattore determinante è stata la graduale attuazione delle 4 libertà fondamentali previste dal trattato Cee, la libertà di circolazione delle merci, delle persone, delle cose, della libertà di stabilimento che hanno notevolmente contribuito all'internazionalizzazione dell'attività delle imprese e alla maggiore mobilità delle persone.

Mi riferisco anche alla intensificazione della produzione normativa italiana in

settori che prima erano stati soltanto sfiorati dal legislatore, come il diritto delle telecomunicazioni, il diritto dell'ambiente, in una certa misura il diritto dei consumatori. O addirittura all'emersione di settori normativi del tutto nuovi, almeno per l'Italia. Pensate per esempio al diritto antitrust, al diritto della concorrenza che impone nuove regole di condotta alle imprese e che le espone, in caso per esempio di un abuso di posizione dominante o di un cartello limitativo discorsivo della concorrenza a pesanti sanzioni da parte della commissione europea oppure dell'autorità garante della concorrenza del mercato. Ma pensate anche al diritto dei mercati finanziari. La prima trattazione organica l'abbiamo con la legge Draghi del 98 cui seguono i vari regolamenti attuativi della Consob. Anche questa è conseguenza di un diverso modo di operare, un diverso atteggiamento delle imprese nella ricerca del capitale di rischio, imprese che si rivolgono sempre di meno alle banche e sempre di più al pubblico degli investitori, così creando le premesse per l'elaborazione di una normativa di tutela per coloro che sottoscrivono i titoli obbligazionari, per gli investitori che sottoscrivono le azioni quotate in borsa, oppure di tutela delle minoranze. La combinazione di questi e di altri fattori ha comportato in un primo momento la necessità di aggregazione tra avvocati dotati di competenze diverse, le competenze diverse ma spesso tutte richieste nella gestione di un'unica operazione, di un unico caso. Pensate per esempio alla quotazione in borsa di una società, alla sottoscrizione di un aumento di capitale dell'Alitalia, alla gestione del contenzioso cui ha dato luogo l'emissione di titoli obbligazionari da parte di uno stato oppure da parte di una società. Sono tutte operazioni che a seconda delle diverse ipotesi possono richiedere un intervento congiunto di competenza di diritto civile, di diritto societario, comunitario, del lavoro, fiscale. La combinazione di questi fattori ha comportato, ha favorito la penetrazione in Italia di studi di origine anglosassone e di origine europea, ma non perché ovviamente, per carità, questi avvocati fossero più bravi degli avvocati italiani, ma perché in questi stati il tessuto imprenditoriale aveva sollecitato da molto tempo prima l'elaborazione di certe normative che sono state introdotte soltanto adesso o da poco nelle università italiane. Pensate allo Sherman Act degli Stati Uniti, che è entrato in vigore alla fine dell'800, pensiamo allo stesso Trattato Cee che in fondo oggi noi tutti parliamo di diritto comunitario ma è stato firmato negli anni 50. Questi fattori hanno favorito la diffusione di questi studi dove oggi molti colleghi che si vogliono dedicare al diritto internazionale, che si vogliono dedicare al diritto europeo, al diritto comunitario, iniziano a svolgere la loro professione. Qual è stata la reazione iniziale dell'avvocato italiano rispetto alla diffusione di questo fenomeno? All'inizio vi è stata sicuramente una reazione io credo comprensibile, una reazione corporativa, una reazione di scetticismo, una reazione di preoccupazione. Una reazione che però specialmente una recente esperienza che mi ha consentito di incontrare in pochi mesi tanti avvocati ho visto via via tramutarsi in un atteggiamento di curiosità intellettuale, di curiosità culturale. E a questa trasformazione ha contribuito innanzitutto la consapevolezza che in un momento di grandissime difficoltà nell'accesso alla professione, proprio per il numero esorbitante di neo-laureati e di neo-praticanti o di neo-avvocati, questi studi offrono opportunità di lavoro che

sicuramente devono essere guardate con grande favore.

In secondo luogo perché si è capito che questi studi casomai si fanno concorrenza tra di loro, ma difficilmente entrano in un rapporto di concorrenza col civilista, col penalista, con l'amministrativista, proprio perché da un punto di vista soggettivo si rivolgono ad una diversa tipologia di clientela, normalmente non assistono imprese individuali, non assistono persone fisiche, consorzi, società di persone, e in misura limitata le società a responsabilità limitata. In secondo luogo perché *ratione materiae* questi studi non si occupano, sono del tutto assenti per esempio nel settore del diritto penale, iniziano ma molto marginalmente ad essere presenti nel settore del diritto amministrativo, e anche per quanto riguarda il civile, intenso in senso lato, sono presenti, operano soltanto con riguardo al diritto dei contratti, al diritto delle obbligazioni e al diritto societario. Anzi, come abbiamo avuto occasione spesso di verificare, questi studi si pongono in un rapporto di grande complementarietà con gli avvocati italiani, ripeto tra virgolette, tradizionali, offrendo spesso reciprocamente anche opportunità di lavoro. E anche qui vi faccio degli esempi: pensate all'enorme, tantissime occasioni di integrazione di lavoro congiunto cui hanno dato dei casi che per ora sono continuamente sui giornali, mi riferisco al crac della Giacomelli, al crac della Cirio, al crac della Parmalat, al default dell'Argentina, hanno richiesto una costante integrazione tra professionisti esperti di diritto finanziario che operano in queste realtà, e quando parlo di diritto finanziario penso all'avvocato europeo, perché la buona parte del nostro diritto finanziario è di derivazione comunitaria, l'integrazione di questi avvocati con avvocati fallimentaristi italiani, con amministrativisti [...]

[...] civilisti italiani, anche perché la stragrande maggioranza delle cause, da violazione degli obblighi informativi degli investitori, regolamenti emittenti della Consob, sono presentate, sono proposte dinanzi ai tribunali italiani. Quindi si richiede l'integrazione con il civilista italiano, il civilista italiano deve affiancare l'esperto di un'altra materia. Lo stesso per esempio per il diritto della concorrenza, ne parlavo prima, i provvedimenti dell'autorità garante alla concorrenza del mercato anche lì ricordiamoci che il diritto alla concorrenza è quasi integralmente di derivazione comunitaria, questi provvedimenti sono impugnati dinanzi al tar, e allora l'esperto di antitrust deve collaborare con l'avvocato amministrativista, così come oggi noi abbiamo l'articolo 33 della legge 287 del 90, attribuisce alla Corte d'Appello una competenza in unico grado funzionale per le violazioni della legge nazionale antitrust della 287 del 90 cui affianca anche una competenza cautelare.

Inoltre, e questo secondo me è l'aspetto più importante da tenere presente, perché ci riguarda direttamente tutti, il legislatore comunitario e il legislatore nazionale hanno manifestato negli ultimi anni una sempre maggiore consapevolezza delle problematiche internazionalistiche che si pongono nel processo civile, hanno mostrato una sempre maggiore conoscenza e consapevolezza delle crescenti occasioni di contatto tra il processo civile e lo straniero. Vedete già con la convenzione di Bruxelles del 1968 e poi con la nostra legge di riforma del diritto internazionale privato e processuale, la



legge 218 del 95, erano stati notevolmente aumentate, incrementate le situazioni in cui il giudice italiano può ius dicere nei confronti di un soggetto straniero, era stato notevolmente semplificato anche il procedimento di riconoscimento e di esecuzione delle sentenze straniere. Però negli ultimi anni, e vi parlo dal 2000 in poi, dal 2000 in poi sono stati emanati dalla comunità europea alcuni regolamenti in materia di procedura civile internazionale che ci hanno portato molto molto avanti nel perseguimento di uno degli obiettivi fondamentali del trattato istitutivo della comunità europea ribadito nel trattato di Maastricht, cioè la creazione di uno spazio giurisdizionale europeo, la creazione di uno spazio giurisdizionale in cui indipendentemente dalla nazionalità operino regole comuni, con riguardo appunto all'individuazione del giudice dotato di giurisdizione o al riconoscimento all'esecuzione delle sentenze, e parlo del regolamento 44 del 2000, con riferimento al riconoscimento delle sentenze in materia di diritto di famiglia, con riguardo alla notifica all'estero di atti giudiziari, all'assunzione delle prove all'estero, all'utilizzazione in Italia nel processo civile italiano delle prove assunte all'estero, per concludere pochi mesi fa col regolamento 805 del 2004 che segna indubbiamente una svolta epocale ammettendo e riconoscendo su tutto il territorio comunitario il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati. Oggi noi abbiamo uno spazio giurisdizionale europeo, e non mi stanco di dirlo, teniamo presente che questo non è un ambito normativo che riguarda solo alcuni avvocati, qualsiasi avvocato civilista italiano, in qualsiasi controversia, non solo riguardante le grandi operazioni societarie, ma anche nel diritto di famiglia, nel diritto delle locazioni, in qualsiasi materia della responsabilità civile si può trovare e si trova spesso nella necessità di chiedersi "posso citare questo soggetto straniero dinanzi al giudice italiano? Come faccio ad assumere una prova all'estero e quale sarà il rilievo della stessa nel processo civile italiano? La Corte di Appello ha applicato bene gli articoli 839 e 840 nel riconoscere un lodo straniero in attuazione della convenzione di New York del 1954?" O ancora, questi sono problemi che capitano nell'esperienza quotidiana, un atto pubblico straniero richiede la legalizzazione oppure basta la postilla perché magari proviene da uno stato che ha aderito alla convenzione dell'Aia del 1961. Teniamo presente che in virtù di tutti questi cambiamenti normativi, di quella mobilità delle persone dell'impresa a cui facevo riferimento, questi sono problemi che capitano, possono capitare al civilista costantemente.

Qual è però, chiaramente non possono essere affrontati tutti gli aspetti, interamente l'iter formativo dell'avvocato, del civilista europeo, del civilista internazionalista, scusatemi questo termine improprio, e anche perché, almeno da un punto di vista accademico, concettuale, oggi ne hanno parlato mirabilmente il professor Gentili e la professoressa Vacca, io credo che uno dei tratti caratterizzanti della formazione del civilista sia il master, questa strana parola che sentiamo continuamente ripetere, che si va sempre più diffondendo. Il master, generalmente il master più richiesto è il master all'Università di Bruges, in diritto comunitario, oppure il master in una delle quattro università di Londra, o ancora in una delle prime dieci università americane. Io, e avendolo fatto forse avrei interesse a dire il contrario, lavorando in una struttura dove tutti hanno il master avrei interesse a dire il contrario, io credo e lo vedo dalle tante doman-



de dei giovani colleghi che il master, l'importanza del master, che indubbiamente esiste per la formazione di un avvocato internazionalista, è sopravvalutata nel momento in cui è considerato alternativo, come dicevo prima, allo svolgimento del periodo di pratica professionale. Perché? Perché il master che cosa è? IL master, io parlo fondamentalmente dell'..., so benissimo che anche nell'università italiana adesso si organizzano dei master, ma purtroppo prendo atto del fatto che il mercato ancora oggi, il mondo degli studi legali richiede un master anglosassone o un master europeo, che cosa è? Normalmente non è un corso di specializzazione, il master non è altro che un anno di università con dei colleghi stranieri, l'avvocato italiano va a partecipare a un master presso una università americana, presso una università londinese insieme a colleghi stranieri, frequentando i corsi che frequentano loro. Allora qual è l'utilità? Secondo me la principale utilità è quella che il master consente di acquisire quella conoscenza della lingua inglese, parlata e scritta, che è oggi richiesta per lavorare con l'inglese, per lavorare con clienti stranieri, conoscenza che almeno nella mia esperienza non si può acquisire, almeno a questo livello, soltanto attraverso la partecipazione a corsi estivi oppure la frequenza di uno degli ottimi, numerosi istituti linguistici che ci sono a Roma. In secondo luogo il master consente di assumere, acquisire una certa familiarità con quelle materie a cui accennavo prima, che costituiscono oggi un po' buona parte delle competenze del civilista europeo e del civilista internazionale, e che sono di origine straniere, di origine anglosassone, di origine comunitaria, soltanto recentemente si iniziano a studiare nelle università italiane. In terzo luogo io credo che oltre a consentire di intesere una serie di relazioni con colleghi stranieri che, perdonatemi un po' l'approccio pratico forse cinico, quand'anche non dovesse sfociare in un'acquisizione di ulteriore clientela nel tempo comunque consente quello scambio di idee, quello scambio culturale, quello scambio di opinioni su diversi sistemi giuridici che fa parte del back ground culturale di un avvocato civilista moderno, oltre a questo consente di coniugare, di affiancare alla nostra formazione universitaria, che è una formazione che io ancora oggi ritengo molto più approfondita di quella straniera, ma è una formazione concettuale, è una formazione giustamente prevalentemente teorica, consente di affiancare una formazione molto più basata su un approccio socratico per quanto riguarda la partecipazione in classe, e soprattutto su una analisi costante, continua, della giurisprudenza che poi è il mestiere dell'avvocato, l'avvocato non sa tutto, l'avvocato quando gli capita un problema approfondisce con la giurisprudenza. Dicevo non è un corso di specializzazione, e questo mi consente di ricollegarmi a quel bellissimo intervento di oggi del professor Gentili, il quale parlava della specializzazione. Il professor Gentili diceva: l'avvocato fino a pochi anni fa poteva permettersi di essere un tuttologo, oggi non si può permettere, per una considerazione evidente, pratica: siamo talmente sommersi quotidianamente di cambiamenti normativi, di evoluzione giurisprudenziale per cui non si può seguire tutto, per quanto ci sia la consapevolezza che l'aggiornamento è una necessità esistenziale, professionale prima ancora di un dovere deontologico, non si può seguire tutto. Il problema è però che cosa si intende per specializzazione, perché io ho la sensazione che molto spesso questa parola, oltre a sedurre spaventi. Se noi sottoli-

neando l'importanza della specializzazione vogliamo dire che oggi l'avvocato non può permettersi di essere un tuttologo, che non può permettersi di dedicarsi contestualmente al civile, all'amministrativo, al penale, io sono assolutamente d'accordo, ma guai, almeno per mia modestissima opinione, a ultraspecializzarsi, ad adottare l'impostazione che adottano per esempio certi studi inglesi per cui incentrano la formazione di giovani colleghi su un determinato microlettore normativo, perché come dimostrato dall'esperienza delle quotazioni in borsa, se poi il mercato va bene non sapranno scrivere un parere, non sapranno parlare di diritto civile. Come dimostrato dall'esperienza delle cartolarizzazioni in qualche anno si corse tutti a fare cartolarizzazioni, chi si specializza solo in quello poi rischia di non sapere altro quando cambiano le esigenze delle imprese, o comunque le esigenze della clientela, visto che assistiamo a questa continua diversificazione dei rapporti imprenditoriali e continua diversificazione delle domande di servizi giuridici da parte della clientela. L'avvocato civilista secondo me è un avvocato che deve sapere, deve essere in grado di fare più cose, deve essere in grado di preparare un contratto, come di preparare un atto di citazione, come di preparare un prospetto finalizzato alla quotazione in borsa. E per questo dicevo che il master ti dà qualcosa di più soltanto se affiancato alla pratica tradizionale, sgombriamo il campo da questa illusione che oggi molti hanno, l'obiettivo non è diventare avvocati stranieri, l'obiettivo non è diventare traduttori giuridici, l'obiettivo è diventare avvocati italiani che sappiano interagire con i colleghi stranieri e che sappiano curare gli interessi dei clienti anche quando questi interessi abbiano una dimensione transnazionale. E' per questo la pratica è importante, perché le operazioni tipiche del civilista, come l'analisi e la comprensione del fatto, la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili, l'elaborazione del ragionamento giuridico, scritto e orale, sono operazioni che si possono imparare solo attraverso la ripetizione quotidiana che consente lo studio degli avvocati italiani, anche perché – scusatemi se insisto su questo punto – se uno non impara questo, se uno non sa scrivere in diritto poi saprà scrivere male, non solo non saprà scrivere un atto di citazione, ma non saprà scrivere un contratto, non saprà scrivere un prospetto per una quotazione in borsa, e non lo saprà scrivere né in italiano né in inglese. E adesso mi avvio alla conclusione estendendo a voi una risposta che Fioravante mi ha chiesto varie volte e altri colleghi mi hanno chiesto varie volte, qual è la mia opinione sul futuro della nostra professione, parlo ovviamente sulla possibilità di estensione, di diffusione di questi diversi modelli organizzativi degli studi legali, le grandi associazioni, anche oltre Milano o Roma e se questo è il futuro della professione. Io non la penso così, almeno per quanto riguarda questa seconda domanda credo sempre che la componente tradizionale, forse non l'ho spiegata bene ma sono sicuro che abbiate tutti chiaro a cosa mi riferisco, sia e continuerà a rimanere fondamentale, molto dipenderà dall'evoluzione dei rapporti imprenditoriali. Quello che so di sicuro, quello che credo di sapere di sicuro è che oggi a seguito di tutti questi cambiamenti normativi si pongano all'avvocato italiano delle grandi difficoltà, ma alle grandi difficoltà si affiancano sempre grandi opportunità. E' importante quindi uno sforzo collettivo, sta a noi decidere se fruttare o meno queste opportunità di ampliamento dei nostri orizzonti operativi, non solo contenutisti-

ci ma anche geografici, e quando dico a noi dico sta a noi individualmente, perché oggi più di prima è importante guardare oltre, è importante acquisire conoscenza di certe lingue e di certe materie prima ancora che ci capiti il caso concreto, prima ancora che venga il cliente a chiederci una consulenza su quella determinata materia. Questo per l'impegno individuale. E' importante un impegno degli ordini, per esempio è importante che gli ordini comincino sempre di più ad approfondire quelle normative, anch'esse di derivazione comunitaria, che disciplinano l'esercizio in forma collettiva della professione, come il decreto legislativo 86/2001 che è stato emanato in attuazione della direttiva Cee 98/5 e che disciplina anche l'operatività, l'attività in Italia degli avvocati di origine straniera, i c.d. stabiliti, se hanno sostenuto l'esame per l'accesso alla professione oppure integrato. Come è importante che gli ordini comincino a pensare non solo alle materie ma anche ai principi deontologici in una dimensione, in una prospettiva europea. E infine consentitemi, ovviamente è importante che le università, ma devo dire lo stesso facendo, potenzino lo studio certe materie, come il diritto comunitario, fondamentale, una anomalia tutta italiana, noi non studiamo il bilancio d'esercizio mentre invece economia e commercio studiano il diritto privato, e oggi l'avvocato civilista spesso deve conoscere il bilancio d'esercizio, è importante però anche non solo quell'impegno dei giovani colleghi, di chi si affaccia alla professione per guardare oltre, per studiare anticipatamente, ma è importante l'impegno di tutti noi perché la mia sensazione è che contrariamente a quello che spesso un po' demagogicamente si dice, il problema non è la mancanza di canali facili, il problema è la mancanza di canali di informazione. Molti colleghi non vengono a conoscenza delle borse di studio, dei master, delle opportunità di lavoro che ci sono in grandi studi, non perché sono pigri, non perché non si impegnano, ma perché non hanno gli interlocutori necessari per fornire loro quelle informazioni sulla base delle quali programmare la propria carriera. E qui l'impegno di tutti noi, degli avvocati che non possono più considerarsi giovani colleghi, e soprattutto degli ordini, è fondamentale. Grazie.

---

**Avv. Fioravante Carletti**

**Grazie dottor Scotti.** Abbiamo chiuso questo convegno che è stato abbastanza faticoso. Grazie a tutti di aver resistito, di essere stati fino all'ultimo qui con noi, ci rivediamola prossima occasione. Grazie.

finito di stampare nel mese di febbraio 2007  
per i tipi della Ulisse Editrice s.r.l.  
via Angelo Olivieri, 82 - 00122 Roma