

1^a SERIE SPECIALE

*Spediz. abb. post. 45% - art. 2, comma 20/b
Legge 23-12-1996, n. 662 - Filiale di Roma*

Anno 143° — Numero 2

GAZZETTA **UFFICIALE**
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PARTE PRIMA

Roma - Mercoledì, 9 gennaio 2002

SI PUBBLICA IL MERCOLEDÌ

DIREZIONE E REDAZIONE PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - UFFICIO PUBBLICAZIONE LEGGI E DECRETI - VIA ARENULA 70 - 00100 ROMA
AMMINISTRAZIONE PRESSO L'ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO - LIBRERIA DELLO STATO - PIAZZA G. VERDI 10 - 00100 ROMA - CENTRALINO 06 85081

CORTE COSTITUZIONALE

S O M M A R I O

ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 963. Ordinanza del tribunale amministrativo regionale per la Liguria del 21 dicembre 2000.

Idrocarburi - Attività di distribuzione di gas naturale - Gare per l'affidamento del servizio - Regime transitorio - Prevista possibilità di partecipazione, senza limitazioni, dei soggetti titolari degli affidamenti e delle concessioni al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo censurato - Ingiustificato trattamento di privilegio delle imprese già concessionarie o affidatarie del servizio (escluse nel sistema a regime dalle gare predette) - Violazione del principio della libera concorrenza - Eccesso di delega.

– D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164, art. 15, comma 10.

– Costituzione, artt. 3, 41 e 76 Pag. 5

N. 964. Ordinanza del tribunale amministrativo regionale per la Liguria dell'8 marzo 2001.

Edilizia e urbanistica - Autorizzazione comunale all'installazione di impianti pubblicitari - Preclusione fino all'approvazione del relativo regolamento comunale e del piano generale degli impianti - Incidenza sul principio di libertà d'iniziativa economica privata.

– D.Lgs. 15 novembre 1993, n. 507, art. 36, comma 8.

– Costituzione, art. 41 » 9

N. 965. Ordinanza del tribunale di Milano del 18 ottobre 2001.

Processo penale - Esecuzione - Sospensione condizionale della pena - Possibilità per il giudice dell'esecuzione di concedere il beneficio quando rilevi l'inesistenza della causa ostativa di cui all'art. 164, quarto comma, cod. pen. - Mancata previsione - Irragionevolezza a fronte della possibilità, in sede esecutiva, di revoca della sospensione condizionale della pena in caso di accertata sussistenza di una causa ostativa precedentemente non rilevata o non rilevabile dal giudice di merito - Disparità di trattamento in danno di coloro che al venir meno della causa ostativa siano decaduti dalla facoltà di proporre impugnazione avverso il provvedimento di esclusione dinanzi al giudice di cognizione.

– Cod. proc. pen., art. 674, comma 1-bis.

– Costituzione, artt. 3 e 24 » 12

N. 966. Ordinanza del tribunale di Vicenza del 16 ottobre 2001.

Adozione e affidamento - Adozione internazionale di minori - Cognome dell'adottato - Assunzione del solo cognome dell'adottante - Possibilità dell'adottato di aggiungere il cognome originario a quello dell'adottante - Esclusione - Violazione di diritto fondamentale della personalità - Irragionevolezza - Ingiustificata diversa disciplina rispetto alla normativa della Convenzione europea in materia di adozione di minori firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata in Italia con legge n. 357/1974 (art. 10, comma 3).

– Legge 4 maggio 1983, n. 184, combinato disposto degli artt. 35, 27 e 28 e succ. mod.

– Costituzione, artt. 2, 3, 10 e 11 » 15

N. 967. Ordinanza del tribunale di Rimini del 19 ottobre 2001.

Sindaco - Incompatibilità - Lite pendente in procedimento civile od amministrativo con il comune - Sussistenza dell'incompatibilità anche nel caso di litispendenza originata da azione popolare promossa da un cittadino nei confronti del sindaco e del comune - Irragionevolezza - Incidenza sul diritto all'elettorato passivo, sui principi di buon andamento della pubblica amministrazione e di difesa in giudizio.

- D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 63, comma 1, in relazione all'art. 9 stesso d.lgs.
- Costituzione, artt. 51, primo comma, 24, commi primo e secondo, e 97, primo comma

Pag. 18

N. 968. Ordinanza del G.U.P. del tribunale militare di Verona del 3 ottobre 2001.

Processo penale - Incompatibilità del giudice - Giudice per le indagini preliminari che abbia adottato un provvedimento di carattere interlocutorio, quale la fissazione dell'interrogatorio preventivo di cui all'art. 289, comma 2, cod. proc. pen., non seguita dall'assunzione in concreto dell'adempimento da parte dello stesso giudice persona fisica - Incompatibilità a tenere l'udienza preliminare - Irragionevole disparità di trattamento rispetto a situazioni analoghe.

- Cod. proc. pen., art. 34, commi 2-ter e 2-quater.
- Costituzione, art. 3

» 20

ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 963

Ordinanza emessa il 21 dicembre 2000 (pervenuta alla Corte costituzionale il 10 dicembre 2001) dal tribunale amministrativo regionale per la Liguria sul ricorso proposto da Società Amga contro comune di Savona ed altri

- Idrocarburi - Attività di distribuzione di gas naturale - Gare per l'affidamento del servizio - Regime transitorio - Prevista possibilità di partecipazione, senza limitazioni, dei soggetti titolari degli affidamenti e delle concessioni al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo censurato - Ingiustificato trattamento di privilegio delle imprese già concessionarie o affidatarie del servizio (escluse nel sistema a regime dalle gare predette) - Violazione del principio della libera concorrenza - Eccesso di delega.**
- D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164, art. 15, comma 10.
 - Costituzione, artt. 3, 41 e 76.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 1309/2000 R.G.R. proposto da società — Azienda Mediterranea Gas e Acqua S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Lanzalone, presso lo stesso elettivamente domiciliata in Genova, piazza dei Giustiniani 7/d, ricorrente;

Contro Comune di Savona, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Corrado Mauceri, presso lo stesso elettivamente domiciliato in Genova via Palestro n. 2/3; Piccardo Maura, nella qualità di direttore del settore servizi demografici e attività commerciali del Comune di Savona, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Bormioli, presso lo stesso elettivamente domiciliato in Genova, piazza Dante n. 9/14, resistenti; e nei confronti di Italgas S.p.a. Società italiana per il gas, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Quaglia, presso lo stesso elettivamente domiciliato in Genova, corso A. Saffi n. 7/1, controinteressata;

Per l'annullamento della deliberazione consiliare 12 giugno 2000 n. 24, di attribuzione alla ditta controinteressata del servizio di distribuzione del gas in ambito comunale per il periodo 1° gennaio 2001 - 31 dicembre 2015, con contestuale proroga della precedente concessione, e di ogni atto connesso, nonché per la declaratoria di nullità e/o l'annullamento del contratto 6 luglio 2000 stipulato tra il comune e Italgas avente per oggetto la convenzione relativa al servizio suddetto, e per l'accertamento dell'obbligo del comune di bandire gara pubblica per l'assegnazione del servizio stesso, con la condanna del comune al risarcimento del danno.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione e del dirigente del servizio intimato e della società controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Udita alla pubblica udienza del 21 dicembre 2000 la relazione del consigliere Roberta Vigotti e uditi, altresì, l'avv. Lanzalone per la ricorrente, l'avv. Casanova per delega dell'avv. Mauceri per l'amministrazione resistente, l'avv. Vaccari per delega dell'avv. Bormioli per Piccardo Maura nonché l'avv. Quaglia per la controinteressata;

Ritenuto e considerato quanto segue:

Esposizione del fatto

La società Amga, S.p.a. espone che con la deliberazione impugnata, n. 24 del 12 giugno 2000, il Comune di Savona ha disposto di affidare alla Italgas S.p.a., titolare della concessione a far data dal 1937, ed in scadenza al 31 dicembre 2000, il pubblico servizio di distribuzione del gas per il periodo 1° gennaio 2001- 31 dicembre 2015, mediante proroga della concessione in essere.

Tale deliberazione, dopo aver impropriamente richiamato l'art. 14 legge n. 359 del 1992, affida il servizio per ulteriori quindici anni senza il preventivo esperimento di alcun tipo di gara, nonostante che il d.lgs. n. 164 del 23 maggio 2000, poi pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* in data 20 giugno 2000, entrato in vigore prima che divenisse esecutiva la deliberazione, e il cui testo era perfettamente conosciuto dall'amministrazione (che lo richiama nel provvedimento), imponesse, all'art. 14, l'esperimento di una gara per la scelta del concessionario. Alla scadenza della vigente concessione con Italgas (31 dicembre 2000), il servizio avrebbe dovuto quindi essere messo a gara, per una durata non superiore a dodici anni.

Invece di verificare la conformità alla nuova normativa di quanto deliberato, adottando i doverosi atti di autotutela, l'amministrazione, nella persona del direttore del competente settore, ha proceduto alla stipula della convenzione con Italgas, mediante la quale si è proceduto alla proroga della concessione per altri quindici anni, rideterminandone i contenuti, con la giustificazione che il d.lgs. n. 164 del 2000 è entrato in vigore in data successiva a quella dell'adozione della deliberazione consiliare 12 giugno 2000.

La società Amga, premesso di essere legittimata ad agire in quanto operante nel settore del gas e, quindi, portatrice di un interesse differenziato e qualificato al rispetto della normativa in materia di scelta del contraente cui affidare il servizio locale di distribuzione, impugna la procedura posta in essere dal comune per i seguenti motivi:

1. — Eccesso di potere per sviamento. Violazione dei principi di correttezza ed imparzialità dell'azione amministrativa. Illogicità e contraddittorietà. Violazione art. 14 d.lgs. n. 164 del 2000.

L'amministrazione ha cercato di preconstituire, a favore della controinteressata, una situazione di vantaggio prima che entrasse in vigore il d.lgs. n. 164, il cui testo era noto prima della pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*, e che prevede che il servizio *de quo* possa essere affidato dall'ente locale solo previo esperimento di una gara. Mediante tale procedimento è stata creata una situazione di vigenza di un rapporto concessorio non più in scadenza al 31 dicembre 2000, ma al 2015, così consentendo alla Italgas di beneficiare, quanto meno, dei periodi transitori previsti dall'art. 15, comma 7, d.lgs. n. 164.

L'amministrazione, comunque, nell'adottare la deliberazione impugnata, si era riservata di rivedere il provvedimento, una volta che fosse stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* il d.lgs. suddetto, ma nessuna modifica è stata poi operata, benché il contenuto della convenzione fosse chiaramente contrario ai principi del nuovo testo legislativo, pubblicato prima che divenisse esecutiva la deliberazione in esame, non solo per l'obbligo della gara, ma anche per la durata della proroga concessa. Nessuna particolare urgenza, infine, militava per l'adozione della delibera in pendenza dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 164, né sussisteva alcun interesse dell'amministrazione per stipulare il contratto 6 luglio 2000, in quanto quello in essere sarebbe scaduto solo a fine 2000, mentre gli ulteriori obblighi per il concessionario decorrono a partire dal gennaio 2001. Vi erano quindi i tempi tecnici per bandire una pubblica gara in concomitanza con la scadenza della concessione in corso con Italgas, essendo la gara imposta non solo dal d.lgs. n. 164, ma anche dalla normativa generale in tema di concessione di pubblici servizi.

La mancata revoca della deliberazione impugnata, e la stipula della concessione nonostante l'avvenuta pubblicazione del d.lgs. n. 164, configurano anche violazione dell'art. 14 del medesimo d.lgs., in quanto la cosiddetta proroga è una vera e propria nuova concessione, sia per la durata, sia perché il comune ne ha rinegoziato i contenuti.

2. — Violazione art. 14 legge n. 359 del 1992. Perplessità e contraddittorietà.

L'art. 14 d.l. n. 333 del 1992, convertito nella legge n. 352 del 1992, richiamato nella deliberazione impugnata e che ha prorogato per venti anni le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del decreto stesso, non è applicabile alle concessioni di pubblico servizio degli enti locali, in quanto si riferisce ai soli enti dello Stato in via di trasformazione in S.p.a., con l'intento di preservare in capo a tali gruppi le concessioni statali che avrebbero potuto perdere a seguito della privatizzazione. La deliberazione impugnata, che dà espressamente atto che la concessione con Italgas sarebbe scaduta il 31 dicembre 2000, appare pertanto anche viziata per perplessità, poiché non si comprende quale sia la finalità del richiamo operato all'art. 14 suddetto.

3. — Violazione art. 267 TUFL n. 1175 del 1931 e della normativa in materia di contratti della P.A. Violazione art. 56 legge n. 142 del 1990. Difetto di motivazione.

La proroga operata si configura come una nuova concessione, oltre che per i motivi sopra esaminati, anche per espressa dichiarazione contenuta nell'art. 3 dello schema di convenzione e nella deliberazione consiliare impugnata, dove si fa riferimento ad una trattativa instaurata con Italgas per rideterminare i rapporti discendenti dall'atto di concessione. Procedendo ad una trattativa privata il comune ha pertanto violato l'art. 267 citato, che

dispone che, ove l'ente locale decida di affidare il servizio nelle forme della concessione, è tenuto a scegliere il concessionario mediante le regole dell'evidenza pubblica, salvo che motivatamente chiarisca circostanze speciali in rapporto alla natura dei servizi. La deliberazione impugnata non reca alcuna motivazione in ordine a tale punto, limitandosi ad affermare un indubbio vantaggio per l'amministrazione e per la cittadinanza, senza neppure esporre quali siano questi vantaggi, non ottenibili nell'ambito di una pubblica gara.

La motivazione addotta non è neppure conforme all'art. 56 legge n. 142 del 1990, che impone l'obbligo di motivazione in ordine alle modalità di scelta del contraente, essendo tali modalità ristrette a quelle dell'evidenza pubblica, e la trattativa privata ammessa in casi del tutto eccezionali, dei quali l'amministrazione deve dare conto. Né sussistono particolari ragioni di impellente urgenza, del resto neppure indicate, posto che gli artt. 7 e 8 dello schema di convenzione prevedono che l'ampliamento delle reti debba iniziare entro sei mesi dalla firma della convenzione stessa e quindi non prima del gennaio 2001; in ogni caso la prevista estensione del servizio non è sufficiente a legittimare il ricorso alla trattativa privata, posto che l'ampliamento delle reti avrebbe potuto essere oggetto di gara, per l'espletamento della quale vi era tutto il tempo tecnico necessario.

Né, a giustificazione del ricorso alla trattativa privata, potrebbe addursi la tesi che per la concessione di pubblico servizio assumerebbe prevalenza *l'intuitus personae*, a ciò ostando il disposto dell'art. 267 TUFL e la normativa generale in tema di contratti pubblici, che impone la gara per la scelta del contraente della P.A., essendo d'altra parte scomparsa la diversità, tra concessione di pubblico servizio e appalto, come è confermato dallo stesso d.lgs. n. 164 del 2000.

I vizi evidenziati sussisterebbero anche a voler interpretare la deliberazione impugnata come vera e propria proroga della concessione in essere, poiché il concessionario uscente non ha titolo per ottenere reiterate proroghe del rapporto, ma solo la legittima aspettativa di essere invitato alla nuova gara; anche la proroga, inoltre, costituisce una forma di trattativa privata, che deve essere congruamente giustificata dall'amministrazione, mentre, nel caso di specie, il comune non ha fornito alcuna motivazione in merito. La proroga, infine, è anche contraria al disposto dell'art. 30, comma 7, legge n. 488 del 1999.

4. — In subordine: violazione art. 44 legge n. 724 del 1994.

Oltre a porsi in contrasto con la normativa in tema di scelta del contraente, la procedura impugnata non è neppure conforme alla regola generale introdotta dalla norma citata, poiché il comune non avrebbe potuto deliberare il rinnovo della proroga sei mesi prima della scadenza del rapporto in corso, ma solo nei tre mesi successivi alla scadenza del contratto, e comunque previa verifica, a contratto scaduto, della sussistenza delle ragioni di pubblico interesse al rinnovo dello stesso.

La ricorrente conclude per l'accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento, previa sospensione, della deliberazione impugnata e dichiarazione di nullità del contratto concluso il 6 luglio 2000 tra il comune e l'Italgas, per effetto del venir meno del relativo provvedimento autorizzatorio e dell'art. 1418 commi 1 e 2 cod. civ., per contrasto con il d.lgs. in allora pienamente vigente, la cui entrata in vigore avrebbe imposto all'amministrazione l'obbligo giuridico di non contrarre. Si sono costituite per resistere al ricorso l'amministrazione e la dirigente intimata, nonché la società controinteressata.

Con ordinanze depositate in data 29 settembre 2000 e 21 dicembre 2000 l'istanza cautelare è stata respinta.

Chiamato all'udienza odierna, il ricorso passava in decisione.

Motivi della decisione

La ricorrente società AMGA impugna il provvedimento con il quale il comune di Savona ha attribuito a trattativa privata alla Italgas S.p.a. il servizio per la distribuzione del gas per il periodo 1° gennaio 2001 - 31 dicembre 2015, così prorogando la durata della concessione in essere con la medesima società, in scadenza al 31 dicembre 2000. La ricorrente agisce quale soggetto portatore di un interesse qualificato e differenziato al rispetto della normativa vigente in materia di scelta del contraente cui affidare il servizio in discorso, essendo una primaria società operante nel settore del gas, e non è dubbio che sotto tale profilo sussiste la legittimazione ad agire.

Il collegio dubita, invece, della sussistenza dell'interesse concreto ed attuale a ricorrere, sussistenza che deve essere valutata alla luce delle norme contenute nel d.lgs. n. 164 del 2000, nel frattempo entrato in vigore, e il cui

art. 14, quinto comma, ammette, senza limitazioni territoriali, alle gare per l'affidamento del servizio (gare dichiarate obbligatorie dall'art. 1), le società per azioni o a responsabilità limitata anche a partecipazione pubblica, qual è l'Amga S.p.a.

Peraltro, la medesima norma esclude dalla possibilità di partecipare alle gare le società che «gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica»: e in questa condizione versa la società ricorrente, che deriva dalla trasformazione dell'omonima azienda municipalizzata del Comune di Genova ed è affidataria diretta del servizio di che trattasi nell'ambito del territorio dello stesso comune.

In base alla chiara dizione della norma, pertanto, la ricorrente, non essendo abilitata a partecipare alla gara di cui trattasi, è carente di interesse a chiedere l'annullamento della trattativa privata in discorso, poiché, comunque, non potrebbe partecipare alla gara della quale pretende la celebrazione.

Tale conclusione è tuttavia smentita dal disposto del decimo comma dell'art. 15 d.lgs. n. 164, norma relativa al periodo transitorio, che consente ai soggetti affidatari diretti del servizio di distribuzione del gas, per cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000, la partecipazione, senza limitazioni, alle gare indette a norma dell'art. 14. In base a questa norma, pertanto, la ricorrente potrebbe partecipare alla gara che il comune dovrebbe indire, ove le doglianze contenute nel ricorso trovassero accoglimento, e avrebbe quindi interesse alla decisione. Le parti ricorrenti contestano che la specificazione «senza limitazioni» contenuta nel comma in esame possa significare il superamento dei limiti territoriali e/o funzionali posti all'azione delle società *ex* municipalizzate dall'art. 22 legge n. 142 del 1990, dovendosi invece riferire unicamente al superamento delle limitazioni altrimenti poste dallo stesso decreto n. 164, ma tale conclusione non pare condivisibile, alla luce del chiaro disposto dell'art. 14, quinto comma che già, come si è detto, elimina qualsiasi limitazione territoriale per la partecipazione alle gare delle società per azioni anche a partecipazione pubblica (e l'esclusione espressa di quelle affidatarie dirette del servizio conferma che l'ambito preso in esame dalla norma, logicamente, le ricomprende).

È dunque solo in virtù del regime di transizione, di cui all'art. 15, che la ricorrente avrebbe titolo ad essere invitata alla gara per la scelta del contraente, ed il ricorso si presenterebbe, sotto il profilo considerato, ammissibile: ma il collegio dubita della costituzionalità del comma 10 dello stesso articolo, e la questione è rilevante, dal momento che la sua soluzione incide sulla ammissibilità o meno del gravame.

Se la *ratio* della esclusione dettata a regime dall'art. 14, comma 5, alla partecipazione delle società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica è quella, del tutto palese, di salvaguardare il principio della libera concorrenza, tutelato anche in sede comunitaria, e che sarebbe vanificato dalla partecipazione alla gara di soggetti che godono di posizioni di notevole vantaggio rispetto agli altri concorrenti, non è dubbio, a parere del collegio, che il sistema transitorio così congegnato (che può protrarsi ben oltre i cinque anni previsti in via generale, per effetto degli incrementi previsti dallo stesso art. 15, comma 7) stravolge, per effetto del superamento dei limiti territoriali e/o funzionali derivante dal combinato-disposto con l'art. 14, quinto comma, con effetti perduranti nel tempo, tutto il sistema delineato a regime e, con esso, il principio della parità di condizioni tra i possibili concorrenti e della stessa uguaglianza di trattamento tra posizioni potenzialmente simili, che, come noto, comporta l'obbligo di eliminare situazioni di privilegio, modulando in coerenza l'architettura normativa.

Non è manifestamente infondato, quindi, il dubbio circa la violazione, da parte dell'art. 15, comma 10, d.lgs. n. 164 del 2000, degli artt. 3 e 41 della Costituzione. Inoltre, la stessa norma appare in contrasto con i principi e criteri direttivi dettati dalla legge 17 maggio 1999, n. 144 che, nel delegare il governo ad emanare norme per dare attuazione alla direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del consiglio, del 22 giugno 1998, relativa al mercato interno del gas naturale, lo vincolava, con l'art. 41 lettera c), ad «eliminare ogni disparità normativa tra i diversi operatori nel sistema del gas, garantendo, nei casi in cui siano previsti contributi, concessioni, autorizzazioni o altra approvazione per costruire o gestire impianti o infrastrutture del sistema del gas, uguali condizioni e trattamenti non discriminatori alle imprese»: essendo tale uguaglianza di condizioni imposta dalla stessa normativa comunitaria. E tale vincolo non sembra sia stato rispettato dal comma in esame, che consente, per un periodo transitorio ma con effetti tali da sfalsare in maniera rilevante e perdurante nel tempo il libero mercato, a società concessionarie dirette del servizio di competere a parità di condizioni con le altre imprese del settore, non altrettanto agevolate. Anche l'art. 76 della Costituzione sembra perciò non rispettato, ed anche della relativa questione va investita la Corte costituzionale, affinché venga chiarito se questo giudice possa assumere l'art. 15 comma 10 d.lgs. n. 164 del 2000 quale parametro di valutazione dell'ammissibilità del ricorso. Il giudizio deve pertanto essere sospeso, in attesa della decisione della questione così sollevata.

P. Q. M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Liguria, seconda sezione;

Visti gli artt. 1 e segg. legge costituzionale 9 febbraio 1948 n. 1 e 23 legge 11 marzo 1953 n. 87;

Ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 41, 76 della Costituzione, dell'art. 15, comma 10, decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164;

Sospende il giudizio e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Ordina che, a cura della segreteria, la presente ordinanza venga notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Genova, nella camera di consiglio del 21 dicembre 2000.

Il Presidente: BALBA

Il consigliere relatore ed estensore: VIGOTTI

01C1233

N. 964

Ordinanza emessa l'8 marzo 2001 (pervenuta alla Corte costituzionale il 10 dicembre 2001) dal tribunale amministrativo regionale per la Liguria sui ricorsi proposti da Servizi Media Advertising Ferroviari - Smafer S.p.a. contro Comune di Genova

Edilizia e urbanistica - Autorizzazione comunale all'installazione di impianti pubblicitari - Preclusione fino all'approvazione del relativo regolamento comunale e del piano generale degli impianti - Incidenza sul principio di libertà d'iniziativa economica privata.

- D.Lgs. 15 novembre 1993, n. 507, art. 36, comma 8.
- Costituzione, art. 41.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sui ricorsi n. 584/1996 e n. 260/2000 R.G.R. proposti da Servizi Media Advertising - Smafer S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Cocchi, presso la stesso elettivamente domiciliata in Genova via Macaggi n. 21/5, e dall'avv. Giancarlo Tanzarella ricorrente;

Contro Comune di Genova, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso, nel primo ricorso, dall'avv. Edda Odone, e nel secondo dall'avv. Luca De Paoli, presso gli stessi elettivamente domiciliato in Genova via Garibaldi n. 9, resistente;

Per l'annullamento del provvedimento in data 12 gennaio 1996 recante reiezione dell'istanza di autorizzazione all'installazione di un impianto pubblicitario sul sottoponte ferroviario di via Pisoni, e di ogni atto connesso, ivi incluso, occorrendo, il parere della commissione di cui art. 7 del regolamento di pubblicità; dell'ordinanza dirigenziale 19 novembre 1999 n. 18138 di rimozione del predetto impianto e di ogni atto connesso, ivi inclusa la diffida 19 novembre 1999 n. 18139.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata, in entrambi i ricorsi;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti delle cause;

Udita alla pubblica udienza dell'8 marzo 2000 la relazione del consigliere Roberta Vigotti e uditi, altresì, l'avv. Di Giovanna per delega dell'avv. Tanzarella per la ricorrente e l'avv. De Paoli anche per delega dell'avv. Odone per l'amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato quanto segue:

Esposizione del fatto

La società Smafer, concessionaria dell'Ente Ferrovie dello Stato per l'effettuazione della pubblicità ferroviaria, espone di aver presentato istanza, pervenuta al Comune di Genova in data 4 dicembre 1995, per ottenere l'autorizzazione all'installazione di un impianto pubblicitario, in sostituzione di altro già oggetto di autorizzazione tacita, sul sottoponte ferroviario di via Pisoni, così ottemperando al disposto dell'art. 14 comma 4-*septies* legge n. 488 del 1986, che prevede l'assenso tacito in caso di silenzio dell'amministrazione entro trenta giorni dalla domanda. Trascorso tale periodo, la ricorrente ha proceduto all'installazione, ma con il provvedimento impugnato l'amministrazione ha negato l'autorizzazione, sul presupposto della non assentibilità dell'impianto fino all'approvazione del piano generale previsto dall'art. 3 d.lgs. n. 507 del 1993.

Avverso tale provvedimento la ricorrente espone i seguenti profili di illegittimità:

1. — Violazione art. 14 comma 4-*septies* n. 488/1986. Eccesso di potere sotto diversi profili.

Il diniego è stato comunicato ben al di là del termine previsto dalla norma rubricata; di conseguenza, sull'istanza si era già formato il silenzio assenso, e l'amministrazione avrebbe potuto incidere sulla ormai consolidata posizione soggettiva solo previa revoca dell'assenso tacito e solo in presenza di motivate ragioni di interesse pubblico.

2. — Violazione della medesima norma, sotto altro aspetto, anche in relazione all'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 507/1993: violazione artt. 41 e 97 Cost. Eccesso di potere sotto altri profili.

L'autorizzazione comunale per la pubblicità effettuata in ambito ferroviario deve essere regolamentata dal singolo comune. I regolamenti municipali, per effetto dell'art. 3 d.lgs. n. 507/1993, possono stabilire limitazioni e divieti in relazione ad esigenze di pubblico interesse: ne consegue che, in assenza di prevalenti ragioni di interesse pubblico, l'attività pubblicitaria è libera e che il diniego può essere espresso solo se vi sia un nesso causale tra l'ubicazione e le caratteristiche dell'impianto e l'alterazione del decoro urbano. Il diniego deve pertanto operare un preciso riferimento alle norme regolamentari presupposte, in base alle quali deve essere motivato. Il provvedimento impugnato non contiene niente di tutto ciò, ed è dunque illegittimo perché si basa su una pretesa moratoria che blocca un'attività economica libera, senza una preventiva ed adeguata attività istruttoria volta a determinare la compatibilità del singolo impianto con l'arredo urbano e a causa dell'inerzia della stessa amministrazione che, pur essendosi dotata del regolamento di cui all'art. 3, d.lgs. citato, nel cui contesto dovrebbero essere contenuti i criteri per la realizzazione del piano generale degli impianti, non si è ancora dotata di detto piano. Il provvedimento impugnato non fissa neppure un termine preciso per l'approvazione del piano stesso e, quindi, la durata della moratoria è sottoposta alla condizione meramente potestativa che il comune decida di pianificare il settore, mentre i termini per provvedere in merito erano quelli fissati dall'art. 36 d.lgs. n. 507/1993.

La ricorrente concludeva per l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento impugnato, contrastata dall'amministrazione intimata, costituitasi in causa.

Con ordinanza in data 26 aprile 1996 l'istanza cautelare è stata respinta.

Con ulteriore ricorso la Smafer ha impugnato l'ordinanza dirigenziale di rimozione dell'impianto pubblicitario in discorso, esponendo che in data successiva alla notificazione del primo gravame il Comune di Genova, con deliberazione della giunta n. 1170 del 30 luglio 1998, ha adottato il piano generale degli impianti pubblicitari, che in nessuna parte si riferisce alla pubblicità ferroviaria. Con diffida in data 19 novembre 1999, che si richiama all'ordinanza con la quale questo T.A.R. ha respinto l'istanza di sospensione del provvedimento di diniego, l'amministrazione ha ingiunto la rimozione dell'impianto e contestualmente, con il provvedimento impugnato, ne ha ordinato la rimozione. Questi i motivi del ricorso:

1. — Eccesso di potere sotto diversi profili.

L'ordine di rimozione è intervenuto a distanza di oltre tre anni da quando il cartello è stato installato, e si basa unicamente sulla precedente ordinanza cautelare, inconferente in quanto fondata sulla mancanza di un ordine di rimozione esecutivo. Il piano nel frattempo approvato non contiene alcuna prescrizione ostativa al mantenimento dell'impianto né il comune lo adduce per spiegare la ragione dell'ordine di rimozione, che è dunque illegittimo in sé e in via derivata per l'illegittimità del provvedimento di diniego già impugnato.

2. — Illegittimità derivata.

Il provvedimento è illegittimo per i motivi già oggetto del ricorso sopra illustrato.

La ricorrente concludeva per l'annullamento, previa sospensione, anche di questo provvedimento. Si è costituita l'amministrazione, che ha concluso per la reiezione del ricorso.

Con ordinanza in data 1° marzo 2000 l'istanza cautelare è stata accolta.

Chiamati entrambi all'odierna udienza, i ricorsi sono passati in decisione.

Motivi della decisione

I) I ricorsi possono essere riuniti, data la connessione che li lega.

II) Occorre premettere all'esame del merito dei ricorsi che il Comune di Genova ha respinto l'istanza di autorizzazione all'installazione di un impianto pubblicitario sul sottopasso ferroviario di via Pisoni, avanzata dalla Smafer S.p.a., in ragione esclusiva del fatto che «non sono assentibili impianti come quello richiesto fino all'approvazione del piano generale degli impianti previsto dall'art. 3, d.lgs. 15 novembre 1993 n. 507». Tale risposta è conforme al dettato della legge, dal momento che la portata dell'art. 36 comma 8 del predetto decreto legislativo preclude all'amministrazione di dar corso alle istanze per l'installazione di impianti pubblicitari, ove i relativi provvedimenti non siano stati adottati, e all'autorizzazione all'installazione degli stessi, fino all'approvazione del regolamento comunale e del piano generale previsti dal precedente art. 3.

Nella specie, il piano generale degli impianti pubblicitari è stato adottato dal Comune di Genova con deliberazione della giunta 30 luglio 1998, n. 1170, ed è quindi evidente che, per le domande proposte prima di tale data, la norma richiamata non consente l'avvio dell'iter procedimentale al fine del rilascio o meno dell'autorizzazione. L'impianto di via Pisoni, infatti, è assoggettato, in quanto ubicato in ambito ferroviario e visibile dalla pubblica via, come definito dalla legge n. 132 del 1959 e in forza del disposto dell'art. 14 comma 4-septies legge n. 488 del 1986, all'autorizzazione comunale (e di ciò non dubita la ricorrente; che proprio su tale presupposto ha fondato le proprie doglianze); né costituisce oggetto di provvedimento già adottato prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 507/1993, essendo diverso, per dimensioni e tipo, da quello prima installato sullo stesso manufatto.

Discende da queste considerazioni che, in quanto tale, cioè in quanto prevista in ambito ferroviario e quindi assoggettata alle norme della legge n. 488 del 1986, l'installazione dell'impianto presuppone il rilascio dell'autorizzazione comunale, autorizzazione condizionata al rispetto di tutte le norme relative al tipo di pubblicità considerato, ivi compreso l'art. 36, comma 8, d.lgs. n. 507 citato. E poiché, come si è visto, la norma blocca l'autorizzabilità di nuovi impianti fino alla definizione del piano generale, il diniego opposto dall'amministrazione corrisponde al dettato legislativo.

III) Il collegio dubita peraltro della rispondenza della suddetta norma al parametro costituzionale.

Effetto della stesa, infatti, è quello di paralizzare l'assentibilità di una iniziativa economica, qual è quella relativa alla pubblicità, sia pure condizionata all'interesse pubblico dell'ente proprietario (prima lo Stato, ora l'ente Ferrovie) e del comune, sotto il profilo della sicurezza e dell'estetica urbana, rendendo arbitra quest'ultima amministrazione di determinare i tempi del blocco, giacché, a differenza di quanto è previsto dall'art. 36, comma 2, del medesimo d.lgs. per il regolamento, nessun termine è prescritto per l'adozione, da parte del comune, del piano generale degli impianti. Tale meccanismo pare al collegio in contrasto con l'art. 41 della Costituzione, giacché comprime in maniera indeterminata nel tempo e non correlata ad alcun pubblico interesse (la cui tutela militerebbe anzi per una sollecita entrata in vigore del piano) la libera iniziativa economica: cosa che pare evidente nel caso di specie, in cui ad una istanza avanzata nel 1985, corrisponde un piano adottato nel 1998, con conseguente paralisi della domanda nel frattempo.

La questione della costituzionalità dell'art. 36, comma 8 d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507, per contrasto con l'art. 41 della Costituzione sembra dunque al collegio non manifestamente infondata; essa è pure rilevante, giacché dalla sua soluzione dipende l'esito dei ricorsi, essendo il provvedimento impugnato con il secondo (ordine di rimozione del medesimo impianto per il quale era stata negata l'autorizzazione), dipendente in via esclusiva da quello oggetto del primo, provvedimento a sua volta fondato sull'unico motivo della portata preclusiva della norma incriminata;

Il giudizio deve dunque essere sospeso, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale sulla questione così sollevata.

P. Q. M.

Visti gli artt. 1 e segg. della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87; Ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 41 della Costituzione, dell'art. 36, comma 8 del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507;

Sospende il giudizio e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Ordina che, a cura della segreteria, la presente ordinanza venga notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Genova, nella camera di consiglio dell'8 marzo 2001.

Il Presidente: BALBA

Il consigliere, relatore ed estensore: VIGOTTI

01C1234

N. 965

*Ordinanza emessa il 18 ottobre 2001 dal Tribunale di Milano
nell'incidente di esecuzione promosso da Vaghi Guido*

Processo penale - Esecuzione - Sospensione condizionale della pena - Possibilità per il giudice dell'esecuzione di concedere il beneficio quando rilevi l'inesistenza della causa ostativa di cui all'art. 164, quarto comma, cod. pen. - Mancata previsione - Irragionevolezza a fronte della possibilità, in sede esecutiva, di revoca della sospensione condizionale della pena in caso di accertata sussistenza di una causa ostativa precedentemente non rilevata o non rilevabile dal giudice di merito - Disparità di trattamento in danno di coloro che al venir meno della causa ostativa siano decaduti dalla facoltà di proporre impugnazione avverso il provvedimento di esclusione dinanzi al giudice di cognizione.

- Cod. proc. pen., art. 674, comma 1-bis.
- Costituzione, artt. 3 e 24.

IL TRIBUNALE

Sciogliendo la riserva assunta all'udienza camerale del 26 settembre 2001 sull'incidente di esecuzione promosso da Vaghi Guido diretto ad ottenere l'applicazione, ex art. 674 c.p.p., del beneficio della sospensione condizionale della pena sulla condanna a mesi 9 di reclusione e L. 1.000.000 di multa pronunciata dal pretore di Milano con sentenza in data 16 febbraio 1999, divenuta irrevocabile il 10 aprile 1999;

Preso atto del parere formulato dal pubblico ministero;

O S S E R V A

Guido Vaghi è stato condannato con sentenza emessa dal pretore di Milano in data 16 febbraio 1999 alla pena di mesi 9 di reclusione e L. 1.000.000 di multa per il reato p. e p. dagli artt. 81 cpv., 640 e 61 n. 7 c.p. senza concessione della sospensione condizionale della pena.

Il giudice di primo grado ha motivato l'esclusione del beneficio sulla base del rilievo che il giudicando aveva già goduto in due occasioni della sospensione condizionale della pena nel limite dei due anni e sussisteva quindi nel caso di specie la causa ostativa prevista dall'art. 164, ult. comma c.p. che impediva una nuova concessione del beneficio.

Dal certificato penale acquisito emerge infatti che il Vaghi aveva già goduto della sospensione condizionale della pena una prima volta, a seguito di un decreto penale di condanna emesso dai g.i.p. presso la pretura di Milano, in data 11 giugno 1993 (esce. il 9 luglio 1993) per il reato di cui all'art. 2 legge n. 386/1990; una seconda volta a seguito di una sentenza del pretore di Como, sezione distaccata di Cantù del 6 ottobre 1995 (esec. il 2 dicembre 1995).

In data 9 marzo 2001, su istanza dei difensori del Vaghi, il g.i.p. presso il tribunale di Milano in funzione di giudice dell'esecuzione, ha revocato ai sensi dell'art. 673 c.p.p. il decreto penale di condanna di cui sopra si è detto, in quanto il reato di emissione di assegni senza provvista di cui all'art. 2 legge n. 386/1990 non è più previsto dalla legge come reato a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 30 dicembre 1999 n. 507.

A seguito della mutata situazione i difensori del Vaghi chiedono che il giudice dell'esecuzione, avvalendosi dei più ampi poteri a lui concessi con la recente novella operata dalla legge 26 marzo 2001 n. 128, che ha modificato l'art. 674 c.p.p., conceda la sospensione condizionale della pena in relazione alla sentenza del pretore di Milano 16 febbraio 1999 (esec. il 10 aprile 1999), per essere venuta meno una delle due precedenti sentenze ostative al beneficio.

In via subordinata, in caso di non accoglimento dell'istanza, essi chiedono che il giudice dell'esecuzione voglia dichiarare non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del comma 1-*bis* dell'art. 674 c.p.p. per violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione.

Ritiene in primo luogo il giudice che l'istanza di concessione della sospensione condizionale della pena con riferimento alla sentenza del pretore di Milano 16 febbraio 1999 non sia accoglibile.

Nel processo di esecuzione trovano applicazione gli artt. 671 e 674 c.p.p., come modificato quest'ultimo dalla recente novella introdotta con legge 26 marzo 2001 n. 128, che disciplinano i poteri del giudice nella concessione e, rispettivamente, nella revoca della sospensione condizionale della pena in sede esecutiva.

Come è noto, l'art. 671 c.p.p. prevede la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena quando ciò consegue al riconoscimento del concorso formale o della continuazione. È invece inibita al giudice un'applicazione in sede esecutiva del beneficio in modo autonomo e svincolato da questa ipotesi legislativamente prevista; ciò, in primo luogo, in quanto è precluso al giudice dell'esecuzione di esercitare quel giudizio prognostico che è alla base del beneficio in questione e che presuppone per sua natura l'ampiezza di poteri istruttori che è propria del giudizio di cognizione; in secondo luogo in quanto la possibilità di concessione della sospensione condizionale in sede esecutiva costituisce sempre una deroga al fondamentale principio dell'intangibilità del giudicato, stabilito dagli artt. 648 e seg. c.p.p., come tale ammissibile nei soli casi eccezionali espressamente stabiliti da specifiche norme di legge.

Pacifica è, sul punto, l'elaborazione dottrinarie giurisprudenziale in materia (V. in dottrina, G. Catalani, *Manuale dell'esecuzione penale*, 3^a edizione, Giuffrè 1993; P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, 2^a edizione, Cedam, 1994; in giurisprudenza, Cass. Sez. I sent. del 19 novembre 1993; Cass. Sez. I sent. 2156 dell'8 giugno 1994; Cass. Sez. V sent. del 7 novembre 1994; Cass. Sez. V sent. 4709 del 7 gennaio 1995; Cass. Sez. III sent. 2672 del 9 settembre 1996) ed anche le più recenti pronunce che sembrano estendere la possibilità di concessione della sospensione condizionale ai sensi dell'art. 671 comma 3 c.p.p. anche nel caso in cui essa non sia stata già riconosciuta con alcuna delle pronunce di condanna relative ai reati da unificare nel vincolo della continuazione, sono comunque esclusivamente riferite all'ipotesi di concessione del beneficio a seguito dell'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato ed operano quindi sempre nei limiti di quella previsione normativa (v. Cass. Sez. I sent. 594 del 20 febbraio 1999; Cass. Sez. I sent. 3149 del 17 maggio 1997).

L'art. 674 c.p.p. regola invece il diverso caso della revoca della sospensione condizionale precedentemente concessa.

A questo riguardo va osservato che mentre in passato la revoca della sospensione condizionale era consentita ex art. 674 c.p.p. solo nei casi di c.d. «revoca obbligatoria» ossia nei casi previsti dal comma 1 n. 1 e 2 dell'art. 168 c.p., (v. sul punto Cass. Sez. I sent. del 16 febbraio 1995), a seguito della novella operata dalla legge 26 marzo 2001 n. 128, che ha introdotto l'art. 1-*bis* dell'art. 674, è stato conferito al giudice dell'esecuzione il potere di revocare la sospensione anche nell'ipotesi di illegittima o erronea concessione del beneficio in presenza di una causa ostativa non rilevata o non rilevabile dal giudice del merito.

La nuova previsione stabilisce infatti espressamente che «il giudice dell'esecuzione provvede altresì alla revoca della sospensione condizionale della pena quando rileva l'esistenza delle condizioni di cui al terzo comma dell'art. 168 del codice penale» ovvero, quando è stata concessa in violazione dell'art. 164 quarto comma, in presenza di cause ostative.

Si tratta come è evidente di una indubbia estensione dei poteri del giudice dell'esecuzione in tema di revoca del beneficio, oggi consentita in una nuova ipotesi prima non prevista, ferma restando, comunque, anche a

seguito della modifica legislativa, la preclusione per il giudice dell'esecuzione di disporre la revoca della sospensione condizionale nelle ipotesi di c.d. «revoca facoltativa» di cui all'art. 168, secondo comma c.p. in quanto ciò presupporrebbe una valutazione di natura discrezionale che la legge consente al solo giudice della cognizione.

Ciò premesso in ordine alla portata «innovatrice» della norma contenuta nell'art. 674 comma 1-*bis* c.p.p., non è comunque consentita una interpretazione della stessa che giunga al punto di attribuire al giudice della esecuzione poteri di natura discrezionale in ordine alla concessione o alla revoca della sospensione condizionale, né di ritenere implicitamente conferiti a quest'ultimo a seguito della recente novella operata dalla legge 26 marzo 2001 n. 128, poteri di concessione della sospensione condizionale della pena nelle ipotesi di accertata inesistenza delle cause ostative di cui all'art. 164 quarto comma c.p., precedentemente rilevate dal giudice di merito.

Anche in quest'ultima ipotesi la concessione della sospensione condizionale in sede esecutiva comporterebbe inevitabilmente una deroga al principio dell'intangibilità del giudicato che deve ritenersi inammissibile in assenza di una statuizione positiva espressa.

A questo riguardo la difesa ha sollevato eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 674, comma 1-*bis* c.p.p. sotto il profilo della mancata attribuzione al giudice dell'esecuzione, accanto al potere di revoca della sospensione condizionale, del potere di concessione del beneficio nell'ipotesi di accertata inesistenza delle cause ostative di cui all'art. 164, quarto comma c.p., per violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione.

Il giudice ritiene che la questione sia rilevante in quanto dagli atti contenuti nel fascicolo dell'esecuzione, ed in particolare dal certificato del casellario giudiziale acquisito in data 12 ottobre 2001, risulta che il Vaghi potrebbe effettivamente beneficiare della sospensione condizionale della pena essendo venuta meno, a seguito della già citata revoca ai sensi dell'art. 673 c.p.p. del decreto penale di condanna emesso dal g.i.p. presso la pretura di Milano in data 15 giugno 1993, una delle due precedenti sentenze ostative al beneficio e non avendo il Vaghi riportato altre condanne successive a quella del 16 febbraio 1999 in relazione alla quale è stata avanzata la richiesta in sede esecutiva.

Ne deriva che la mancata concessione della sospensione condizionale nella presente sede dipende unicamente dal fatto che il comma 1-*bis* dell'art. 674 c.p.p., introdotto dall'art. 1 comma 2 della legge 26 marzo 2001 n. 128, non ha conferito al giudice dell'esecuzione il potere di provvedere in questo senso nel caso in cui risultino inesistenti cause ostative al beneficio, contrariamente invece a quanto stabilito per l'analoga ma inversa ipotesi di accertata sussistenza in sede esecutiva di una causa ostativa precedentemente non rilevata o non rilevabile dal giudice del merito, ipotesi in cui è prevista la revoca della sospensione condizionale da parte del giudice in sede esecutiva.

La questione inoltre appare non manifestamente infondata con riferimento ai principi di cui agli artt. 3 e 24 della Costituzione.

Secondo le nuove regole fissate dall'art. 674 comma 1-*bis* c.p.p. mentre il giudice dell'esecuzione può sempre revocare la sospensione condizionale della pena nell'ipotesi di accertata sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 164 quarto comma c.p. non rilevata o non rilevabile dal giudice del merito, allo stesso è invece precluso il potere di concedere tale beneficio nell'ipotesi di accertata insussistenza della medesima causa ostativa, non rilevata e non rilevabile dal giudice del merito in quanto conseguenza, come nel caso di specie, di un provvedimento di depenalizzazione intervenuto successivamente alla pronuncia della sentenza in questione.

L'omessa previsione di tale potere determina ad avviso del giudice una situazione contrastante con i su indicati principi costituzionali.

Anche a tacere infatti ogni considerazione sulla ragionevolezza di una soluzione legislativa che assegna al giudice dell'esecuzione un potere *contra reum* e gli preclude al tempo stesso l'esercizio di un analogo potere *pro reo*, evidente risulta la disparità di trattamento che alla luce della presente norma si viene a creare tra coloro ai quali è stata negata la sospensione condizionale della pena da parte del giudice della cognizione per la sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 164 quarto comma c.p. ed erano ancora in termini per l'impugnazione all'atto dell'entrata in vigore del provvedimento di depenalizzazione e coloro che a tale data, erano invece già decaduti dalla facoltà di proporre impugnazione e che si trovano pertanto nella giuridica impossibilità di far rilevare la mutata situazione in sede esecutiva ai fini del riconoscimento del beneficio della sospensione condizionale, con conseguente violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 della Costituzione, 23 e segg. legge 11 marzo 1953 n. 87, ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 674, comma 1-bis c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice dell'esecuzione possa concedere la sospensione condizionale della pena quando rileva l'inesistenza della causa ostativa di cui all'art. 164 quarto comma c.p., per violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione;

Dispone la trasmissione degli atti del procedimento alla Corte costituzionale;

Manda alla cancelleria per la notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri nonché per la comunicazione ai Presidenti delle Camere del Parlamento della Repubblica;

Sospende il procedimento fino all'esito del giudizio incidente di legittimità costituzionale.

Milano, addì 18 ottobre 2001

Il giudice: BERNANTE

01C1235

N. 966

Ordinanza emessa il 16 ottobre 2001 dal Tribunale di Vicenza atti relativi a P.B.R.B.

Adozione e affidamento - Adozione internazionale di minori - Cognome dell'adottato - Assunzione del solo cognome dell'adottante - Possibilità dell'adottato di aggiungere il cognome originario a quello dell'adottante - Esclusione - Violazione di diritto fondamentale della personalità - Irragionevolezza - Ingiustificata diversa disciplina rispetto alla normativa della Convenzione europea in materia di adozione di minori firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata in Italia con legge n. 357/1974 (art. 10, comma 3).

- Legge 4 maggio 1983, n. 184, combinato disposto degli artt. 35, 27 e 28 e succ. mod.
- Costituzione, artt. 2, 3, 10 e 11.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza.

Premesso che:

a) in data 2 febbraio 2001 il pubblico ministero con requisitoria ai sensi degli artt. 69 - 165 - 166 - 167 del R.D. 9 luglio 1939 n. 1238, promuoveva d'ufficio la formazione dell'atto di nascita del minore B.R.B., nato a Dolakha (Nepal) il 18.7.1993;

b) a sostegno della richiesta il p.m. esponeva che l'Ufficiale dello Stato Civile di Vicenza aveva ricevuto il decreto emesso dal Tribunale per i minorenni di Venezia di adozione del minorenne B.R.B. da parte dei coniugi P. R. e C. A., e che, con la trascrizione di detto decreto, il minorenne aveva acquistato la qualità di figlio dei signori P. e C. e la cittadinanza italiana, onde l'atto di nascita del bambino adottato avrebbe dovuto essere trascritto nei registri di nascita del comune di residenza dei genitori; peraltro, il p.m. riteneva che i vari certificati di nascita presentati erano del tutto inaffidabili, in quanto, tra l'altro, recanti errori di scrittura nel nome del bambino e nel luogo di nascita, e non provenienti dagli uffici dell'anagrafe nepalese ove venivano iscritti soltanto i bambini nati in ospedale;

c) con istanza integrativa del 21 febbraio 2001 il p.m. formulava richiesta diretta a mantenere il cognome originario dell'adottato in uno con il cognome degli adottanti, facendo proprie le motivazioni del ricorso rivolto agli dai genitori P. e C.;

d) in detto ricorso i coniugi P. e C. facevano presente come il bambino avrebbe percepito in maniera assolutamente dolorosa la perdita del proprio cognome originario, quasi come una sorta di prezzo da pagare, un'amputazione per poter diventare italiano, e riferendo che egli protestava «vigorosamente, ritenendo il suo cognome, avendo quasi otto anni, un profondo ed innegabile segno distintivo della sua personalità»; facevano inoltre presente che nel loro nucleo familiare era già presente la sorella dell'adottato e che il legame con la loro origine rappresentava per entrambi un passato certo doloroso, ma altresì innegabile nella costruzione della loro identità;

esponavano, infine, che la perdita di tale legame — per gran parte identificato dal minore con il proprio cognome — avrebbe anche potuto rappresentare un possibile futuro pregiudizio al suo inserimento anche nella famiglia stessa, percepita come in qualche maniera responsabile di questa perdita;

e) con provvedimento in data 10 aprile 2001 il tribunale disponeva l'effettuazione di accertamenti a mezzo del competente consultorio diretti all'effettivo riscontro dell'esigenza del minore e alla rispondenza al suo interesse della richiesta integrativa di cui innanzi sub n. 3;

f) con relazione pervenuta il 6 giugno 2001 dal Consultorio Familiare distrettuale «SUD» presso ULSS n. 6 «Vicenza», la psicologa dott.ssa A. Panté, esponeva che dopo il positivo inserimento del minore nella famiglia, R. «ha iniziato a riferire ricordi della sua famiglia d'origine, in particolare di una delle sorelle, che sembrava essere il suo punto di riferimento di “accendimento” (esperienza significative venivano riferite a questa figura)»; tanto che la coppia P., C. aveva avviato ricerche in Nepal dirette a ritrovare la ragazzina e, rinvenutala, aveva iniziato la procedura di adozione; la psicologa ha altresì riferito che il minore esprime con determinazione il suo desiderio di mantenere il nome che lo ha accompagnato sino ad oggi e, pur riconoscendo il legame affettivo che si è instaurato con i genitori adottivi, manifesta il bisogno di mantenere la sua identità, ciò in consonanza con le tradizioni dei luoghi della sua origine ove si ritiene che «tutte le vite siano collegate in una sorta di equilibrio universale»; la psicologa conclude la sua relazione nel senso che «togliere questo cognome che appartiene al bambino e alla di lui sorella potrebbe apparire come una sorta di espropriazione»;

Considerato che:

1. — alla stregua della normativa vigente la istanza di cui *sub* n. 3 non pare poter trovare accoglimento, dovendosi fare applicazione al caso di specie della normativa prevista dagli artt. 35 quarto comma, 27 e 28 legge 4 maggio 1983 n. 184 come modificata dall'art. 3 della legge 31 dicembre 1998 n. 476;

a mente del quarto comma dell'art. 35 citato, il tribunale per i minorenni ha riconosciuto con decreto 1° febbraio 1999 il provvedimento dell'autorità nepalese come affidamento preadottivo e, decorso il termine annuale, ha pronunciato in data 8 agosto 2000 il provvedimento di adozione disponendone la trascrizione nei registri dello stato civile;

non par dubbio che gli effetti di tale provvedimento siano quelli stabiliti dall'art. 27 della legge n. 184 innanzi richiamata, come è dato ricavare dal chiaro tenore letterale del primo comma dell'art. 35 cit., il quale afferma che in linea generale che «l'adozione pronunciata all'estero produce nell'ordinamento italiano gli effetti di cui all'articolo 27», onde, a maggior ragione, devesi attribuire pari effetti alla figura di adozione contemplata nel già citato quarto comma dello stesso art. 35; il sesto comma lett c) del menzionato art. 35, a riprova dell'identità degli effetti prodotti dalla adozione internazionale, stabilisce che la trascrizione non può essere ordinata nei casi in cui ... non è possibile la conversione in adozione produttiva degli effetti di cui all'art. 27;

posto, quindi, che l'adozione internazionale produce i medesimi effetti di quella ordinaria, occorre far riferimento agli artt. 27 della legge 4 maggio 1983 n. 184, a tenore del quale «per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome ... con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali» e 28 della stessa legge («Qualunque attestazione di stato civile riferita all'adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore e della annotazione di cui all'ultimo comma dell'art. 26. L'ufficiale di stato civile e l'ufficiale di anagrafe debbono rifiutarsi di fornire notizie, informazioni, certificati estratti o copie dai quali possa comunque risultare il rapporto di adozione, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria»), anche nel testo modificato dalla recente legge 28 marzo 2001 n. 149;

alla luce di siffatta normativa il tribunale ritiene che all'accoglimento della istanza del p.m. di cui sub 3) osti in maniera insuperabile il dettato normativo ora richiamato;

2. — resta da valutare se la disciplina legale innanzi richiamata e che impedisce all'adottato il mantenimento del proprio cognome originario sia compatibile con i principi della carta costituzionale;

sono ben note le ragioni che hanno ispirato il legislatore del 1983 a prevedere una netta quanto irreversibile scissione dei legami giuridici dell'adottato con la famiglia naturale e, in particolare, come questa frattura sia stata ritenuta a maggior tutela verso l'adottato;

la s. corte, del resto, ha avuto occasione di ritenere infondata una questione di costituzionalità sollevata dai genitori naturali proprio sull'assunto che la ricordata normativa aveva lo scopo di meglio tutelare l'adottato e di garantirgli un ambiente di vita sereno nel quale sviluppare la propria personalità al riparo da ingerenze che potessero in qualche modo comprometterne l'equilibrato sviluppo (Cass. 10 aprile 1992, n. 4395);

nel caso che ne occupa non si tratta di mettere in discussione siffatta impostazione seguita dal legislatore del 1983 e recepita anche dal legislatore del 1998, ma di saggiarne la compatibilità con i principi costituzionali nella parte in cui tale *ratio* viene assunta in termini di tale assolutezza da non consentire deroghe neppure in comprovati casi particolari nei quali l'interesse del minore deponga in senso contrario;

si vuole, in altri termini, sottolineare l'eventualità che l'interesse del minore richieda il permanere di un residuo, assai limitato, legame con la famiglia di origine rappresentato dal cognome e la conseguente necessità che sia riservata all'a.g. la valutazione circa l'esistenza di una consimile ipotesi;

non è neppure il caso di rievocare la tutela costituzionale del nome, come insegnata dal giudice delle leggi, e la sua valenza non identificativa esclusivamente della discendenza familiare, ma della persona e della personalità dell'individuo, così come l'ambito della tutela del diritto all'identità personale ricavato dall'esegesi dei principi costituzionali compendianti nell'art. 2 della Carta (v. Corte cost. sentenze 13 del 1994; 297 del 1996 e 120 del 2001), per ritenere quanto meno non manifestamente infondato il dubbio sulla riconducibilità alle menzionate disposizioni della rigida disciplina prevista dagli artt. 27 e 28 della legge del 1983 e succ. modif.;

in tale prospettiva la forzosa e ineluttabile soppressione del cognome della famiglia di origine si potrebbe porre come una violazione del diritto al nome dell'adottato ed anche del diritto alla sua identità personale, rappresentando il cognome una espressione della origine culturale, nazionale e sociale della persona;

la rigidità della disposizione normativa che impone in ogni caso, e senza eccezione alcuna, la perdita del cognome dell'adottato risulta, sotto altro profilo, come irragionevole e, quindi in contrasto con il canone desumibile dall'art. 3 Cost., in quanto non tiene in alcuna considerazione l'eventualità che specifici comprovati casi evidenzino che l'interesse del minore è maggiormente tutelato dal mantenimento piuttosto che dalla soppressione del cognome originario;

del resto il terzo comma dell'art. 10 della legge 22 maggio 1974 n. 357, con la quale è stata data ratifica ed esecuzione in Italia della convenzione europea in materia di adozione di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967, prevede espressamente che «come regola generale, l'adottato potrà assumere il cognome dell'adottante o aggiungerlo al proprio cognome»; non può negarsi che siffatta impostazione, maggiormente rispettosa della diversità dei casi concreti, realizzi un precetto di ragionevolezza e si ponga, pertanto, come parametro per valutare la correttezza costituzionale della disciplina legale denunciata;

un ulteriore, diverso, profilo vale a ribadire la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità della normativa innanzi richiamata: come si è già evidenziato il terzo comma dell'art. 10 della legge 22 maggio 1974 n. 357, stabilisce che «come regola generale, l'adottato potrà assumere il cognome dell'adottante o aggiungerlo al proprio cognome»;

la legge 31 dicembre 1998 n. 476, nel richiamare le norme della legge 4 maggio 1983 n. 184 senza minimamente considerare la predetta disposizione della Convenzione pare porsi in termini di contrasto con gli artt. 2, 3, 10 e 11 della Costituzione;

3. — in definitiva le norme denunciate sono rappresentate dal combinato disposto degli artt. 35, 27 e 28 della legge n. 184 del 1983 come successivamente modificata in relazione agli artt. 2, 3, 10 e 11 della Costituzione;

4. — la questione è rilevante, perché dalla sua decisione dipende l'accoglibilità o meno dell'istanza del p.m. di cui sub lett. c).

P. Q. M.

Visto l'art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87;

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Sospende il procedimento in corso;

Ordina, che, a cura della cancelleria, si proceda alla notificazione della presente ordinanza alle parti in causa e al pubblico ministero e al presidente del Consiglio dei ministri, oltre che ai presidenti delle due Camere del Parlamento.

Vicenza, così deciso il 16 ottobre 2001.

Il Presidente: PAFUNDI

N. 967

*Ordinanza emessa il 19 ottobre 2001 dal Tribunale di Rimini nel procedimento civile
vertente tra Ferri Tommaso ed altra e Ravaioli Alberto*

Sindaco - Incompatibilità - Lite pendente in procedimento civile od amministrativo con il comune - Sussistenza dell'incompatibilità anche nel caso di litispendenza originata da azione popolare promossa da un cittadino nei confronti del sindaco e del comune - Irragionevolezza - Incidenza sul diritto all'elettorato passivo, sui principi di buon andamento della pubblica amministrazione e di difesa in giudizio.

- D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 63, comma 1, in relazione all'art. 9 stesso d.lgs.
- Costituzione, artt. 51, primo comma, 24, commi primo e secondo, e 97, primo comma.

IL TRIBUNALE DI RIMINI

Composto dai signori magistrati:

dott. Ottavio Ferrari Acciajoli, presidente;

dott. Guido Federico, giudice;

dott. Francesco Cortesi, giudice rel.

Nella causa distinta al N.R.G. 2818/01, promossa da Tommaso Ferri e Ramona Girolomini (avv.ti Santoro, Zavoli) contro Alberto Ravaioli (avv. Graziosi) e con l'intervento del comune di Rimini (avv. Solazzi, Trombetti);

Udita la relazione della causa e sentite le parti in pubblica udienza, con l'intervento del pubblico Ministero, ha pronunciato la seguente ordinanza.

Premesso che:

la domanda, proposta in forma di azione popolare ai sensi dell'art. 70 d.lgs. 267/00, è volta alla declaratoria di decadenza del Sindaco di Rimini, dott. Alberto Ravaioli, come prevista dall'art. 63 comma 1 del decreto predetto, nelle ipotesi previste dai nn. 4 e 6;

con riferimento alla prima di dette ipotesi, gli attori espongono di aver precedentemente convenuto in giudizio il Ravaioli, e con esso il comune di Rimini, con azione popolare promossa ai sensi dell'art. 9 d.lgs. 267/00, chiedendo la condanna dello stesso alla restituzione degli emolumenti percepiti in qualità di Sindaco di Rimini dal luglio 1999 al dicembre 2000, nonché al risarcimento dei danni patiti dal comune per l'allestimento delle elezioni amministrative del 13 e 27 maggio 2001, il tutto in conseguenza dell'intervenuta declaratoria di decadenza del Ravaioli, accertata e statuita dalla sentenza n. 16205/00 della Corte di Cassazione, Sezione I Civile;

secondo la prospettazione attorea, poiché la domanda introduttiva della causa risultava notificata ai convenuti (con successiva iscrizione a ruolo ed attribuzione del N.R.G. 2739/01), sussisterebbe fra le parti ivi coinvolte, ed in particolare fra il Ravaioli ed il comune di Rimini, la pendenza di un procedimento civile, dal quale discenderebbe automaticamente l'invocata incompatibilità, e quindi l'obbligo, per il Tribunale investito del presente giudizio, di pronunciare la decadenza del Ravaioli;

Tutto ciò premesso, il Tribunale così

O S S E R V A

1. — La formulazione dell'art. 9 d.lgs. 267/00 (che ricalca *in parte qua* il previgente art. 7 legge n. 142/1990) impone di considerare il comune parte necessaria del rapporto processuale instaurato dal cittadino che intenda «far valere in giudizio le azioni ed i ricorsi» di spettanza dell'Ente. L'ordine di integrazione del contraddittorio — previsto dal comma II — non lascia alcun margine interpretativo in tal senso, delineando un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

2. — Ciò premesso, è indubbio che la fattispecie invocata dagli attori e contemplata dall'art. 63, comma I num. 4 del decreto citato appaia nel caso di specie, ed ancorché sotto il proffio formale, pienamente integrata.

È infatti innegabile che fra Alberto Ravaioli ed il comune di Rimini sussista lite pendente, benché promossa dagli attori popolari e tutt'ora versante in una fase che, allo stato, non consente neppure di apprezzare l'atteggiamento processuale del comune, non ancora costituitosi.

Secondo un'interpretazione letterale della norma citata, ove letta nel combinato disposto con l'art. 9 del medesimo decreto, la tesi attorea sarebbe dunque condivisibile.

3. — Cionondimeno, essa rivela, in relazione all'assetto normativo appena richiamato, tutta la sua irragionevolezza.

La semplice scelta di un cittadino elettore di citare in giudizio il sindaco eletto, assumendo sussistente una pretesa del comune nei suoi confronti, determinerebbe, infatti, una litispendenza con il comune stesso e, per ciò solo, l'insorgere di una causa di incompatibilità in capo al sindaco, cui deve far seguito la decadenza dall'ufficio, con evidente compressione del suo diritto di elettorato passivo.

In tale ottica si impongono due ulteriori ordini di considerazioni:

a) al giudice che ordina l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 9 non è attribuito alcun potere di valutazione dell'opportunità di detto provvedimento; egli, in sostanza, non può compiere alcun apprezzamento circa l'effettiva sussistenza, in capo all'ente locale, dell'interesse sottostante all'azione promossa dal cittadino;

b) la semplice proposizione della domanda determina *ipso facto* (ed *ipso jure*) la declaratoria di decadenza del sindaco da parte del giudice investito del contenzioso elettorale. Quest'ultimo, infatti, non ha alcun potere di deliberazione in ordine all'effettività del contenzioso, dovendo egli limitarsi a prendere atto dell'esistente litispendenza».

In tal senso, osserva peraltro il remittente che la giurisprudenza di legittimità ha oscillato, anche in tempi assai recenti, fra un orientamento che consente al giudice del contenzioso elettorale di «non arrestare la sua indagine di fronte alla semplice constatazione della pendenza di un giudizio... essendo abilitato a valutare sia atti che implicano il sostanziale venir meno del giudizio...», sia la manifesta infondatezza od il carattere pretestuoso della lite» (cfr. Cass. Civ. sez. I, 26 luglio 2000 n. 9789, Cass. Civ. sez. I, 6 maggio 1999 n. 4533; Cass. Civ. sez. I, 9 aprile 1992 n. 4357) ed altro orientamento, più rigorista, che contiene l'oggetto dell'accertamento alla presa d'atto della litispendenza, inibendo ogni sindacato sul merito del giudizio civile pendente (cfr. Cass. Civ. sez. I, 7 giugno 2000 n. 7768; Cass. Civ. sez. I, 15 febbraio 1991 n. 1666).

In ogni caso, la valutazione circa l'effettività di una controversia resta preclusa in tutti i casi analoghi al presente, in cui, non essendovi ancora una presa di posizione dell'ente, è assolutamente impossibile anche solo deliberare l'interesse dello stesso; e ciò a tacere della possibilità che, nel giudizio fra sindaco e comune, quest'ultimo, dopo essersi associato alla posizione del sindaco, muti atteggiamento processuale (anche solo domandando la compensazione delle spese di lite in sede di precisazione delle conclusioni), ciò che comporterebbe la sussistenza di una domanda «contro» lo stesso come previsto dall'art. 63 comma 1.

4. — Considerata la pertinenza della questione prospettata alla definizione della presente controversia, si rende necessario sottoporre al giudizio di legittimità costituzionale il disposto dell'art. 63, comma I, n. 4, d.lgs. 267/00 nella sua attuale formulazione, poiché detta norma, ove letta in correlazione con l'art. 9 di detto decreto, legittima un dubbio di incostituzionalità in relazione:

all'art. 51, comma I, della Costituzione, laddove comprime l'accesso del cittadino eletto al pubblico ufficio di sindaco, consentendo che lo stesso venga dichiarato decaduto dall'ufficio per mero effetto della proposizione di azione giudiziaria sulla quale non è compiuta alcuna deliberazione né dall'autorità giurisdizionale, né da autorità amministrative;

all'art. 97, comma I, della Costituzione, poiché facoltizzando una sostanziale decadenza *ad nutum* del sindaco, conduce inevitabilmente a vulnerare il buon andamento dell'attività amministrativa del comune, in particolare modo sotto il profilo dell'attività organizzativa;

l'art. 24, commi I e II della Costituzione, poiché nella specifica sede del contenzioso elettorale il sindaco non può in alcun modo difendersi, dovendo l'autorità giudiziaria limitarsi a prendere atto della sussistenza di una lite civile pendente secondo i canoni dell'art. 39 c.p.c.;

P. Q. M.

Ritenuto il dubbio di incostituzionalità dell'art. 63, comma I, n. 4 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 in relazione all'art. 9 di detto decreto, per contrasto con gli artt. 51 comma I, 97 comma I, 24 commi I e II della Costituzione, ordina la rimessione degli atti alla Corte costituzionale per il giudizio di legittimità;

Visto l'art. 295 c.p.c., sospende il presente giudizio sino all'esito della pronuncia;

Ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Ordina che il presente provvedimento, letto in pubblica udienza alla presenza delle parti in causa, sia notificato al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicato ai Presidenti delle Camere.

Rimini, addì 19 ottobre 2001.

Il Presidente: ACCIAJOLI

Il giudice estensore: CORTESI

N. 968

*Ordinanza emessa il 3 ottobre 2001 dal G.U.P. del tribunale militare di Verona
nel procedimento penale a carico di Savini Carlo*

Processo penale - Incompatibilità del giudice - Giudice per le indagini preliminari che abbia adottato un provvedimento di carattere interlocutorio, quale la fissazione dell'interrogatorio preventivo di cui all'art. 289, comma 2, cod. proc. pen., non seguita dall'assunzione in concreto dell'adempimento da parte dello stesso giudice persona fisica - Incompatibilità a tenere l'udienza preliminare - Irragionevole disparità di trattamento rispetto a situazioni analoghe.

- Cod. proc. pen., art. 34, commi 2-ter e 2-quater.
- Costituzione, art. 3.

IL TRIBUNALE MILITARE DI VERONA

Il giudice dell'udienza preliminare presso il tribunale militare di Verona, dott. Sandro Celletti, nell'odierna camera di consiglio, alla presenza del Pubblico Ministero, dott. Luca Sergio, del difensore dell'imputato, avv. Gianfranco Ceoletta, e dell'imputato medesimo, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento penale n. 53/00 R.G.N.R. a carico di Savini Carlo, nato a Roma il 18 luglio 1956, ivi residente in via Campiscari n. 5, domiciliato in Legnago (VR), via Brosoni n. 9, aiutante A.M., in servizio presso il 112° Deposito Sussidiario di Sanguinetto (VR), imputato come in atti del reato di peculato militare continuato (artt. 215 c.p.m.p., 81, comma 2, c.p.), commesso in Sanguinetto (VR) in epoca compresa tra novembre 1999 e febbraio 2000.

M o t i v a z i o n e

Premesso:

a) che con determinazione presidenziale allo scrivente magistrato, in servizio presso il tribunale militare di Verona con funzioni di giudice *a latere*, venivano conferite le funzioni di giudice per le indagini preliminari nella settimana dal 26 febbraio al 4 marzo 2000, stante la momentanea assenza per ferie del magistrato titolare dell'ufficio;

b) che in data 2 marzo 2000 il Pubblico Ministero in sede depositava in cancelleria, nei confronti del citato Savini e per il reato sopra indicato, richiesta di applicazione della misura cautelare interdittiva della sospensione dalle funzioni di sottufficiale dell'Aeronautica Militare per la durata di mesi due;

c) che conseguentemente, dovendosi procedere *ex art.* 289, comma 2, c.p.p. a interrogatorio preventivo dell'indagato, lo scrivente fissava lo svolgimento di detto adempimento alle ore 11 del 6 marzo, presso questo Ufficio, dandone avviso alle parti interessate;

d) che all'interrogatorio procedeva poi, concretamente, il giudice per le indagini preliminari titolare, nel frattempo rientrato dalle ferie, il quale peraltro negava la misura richiesta;

e) che successivamente, esercitata l'azione penale da parte del Pubblico Ministero, il giudice per le indagini preliminari, con provvedimento in data 30 maggio 2001, evidenziava la propria incompatibilità a tenere l'udienza preliminare ai sensi dell'art. 34, comma 2-bis, c.p.p.;

f) che il Presidente del Tribunale, con suo decreto datato 31 maggio 2001, conferiva al sottoscritto le funzioni di giudice dell'udienza preliminare per il procedimento a carico di Savini Carlo;

g) che lo scrivente, con provvedimento del 5 giugno 2001, fissava l'udienza preliminare nei confronti del Savini alle ore 11 odierne, presso questa aula G.I.P./G.U.P.,

O S S E R V A

1. — Mentre la semplice fissazione dell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 418, comma 1, c.p.p., in quanto adempimento burocratico e non manifestazione di potestà decisionale, non poteva essere legittimamente evitata dallo scrivente adducendo un'incompatibilità a norma dell'art. 34, comma 2-*bis*, stesso codice, a diversa conclusione deve pervenirsi in ordine alla celebrazione dell'udienza medesima.

Il testo della disposizione richiamata è chiaro: «Il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari non può (...) tenere l'udienza preliminare (...)».

Ove la situazione astrattamente prevista dalla legge si verifichi nei suoi confronti, il singolo magistrato è obbligato a far valere la causa di incompatibilità che lo riguarda, rappresentandola al capo dell'Ufficio giudiziario di cui fa parte: ciò è esattamente quel che è avvenuto per il G.I.P. titolare, ed infatti su dichiarazione di costui il Presidente del Tribunale ha conferito al sottoscritto, per il procedimento *de quo*, le finzioni di G.U.P.

Ritiene questo giudice che anche l'avere egli provveduto, nel corso delle indagini, *ex art.* 289, comma 2, seconda parte, c.p.p., ossia alla fissazione dell'interrogatorio preventivo dell'indagato a seguito di richiesta del Pubblico Ministero per l'applicazione della misura della sospensione dall'esercizio del pubblico ufficio di sottufficiale ricoperto dall'indagato stesso, determini, per lui giudicante, una ragione di incompatibilità a tenere l'udienza preliminare ai sensi dell'art. 34, comma 2-*bis*, del codice di rito.

L'adozione del provvedimento *ex art.* 289, comma 2, seconda parte, c.p.p. costituisce, invero, formale momento di esercizio delle finzioni di giudice per le indagini preliminari né rileva che poi l'interrogatorio sia stato svolto da altro magistrato, essendo un «fatto» incontestabile che, a f. 30 del fascicolo processuale relativo a Savini Carlo, sia contenuto un atto a firma di questo giudice-persona fisica, il quale in tanto ha potuto emetterlo in quanto temporaneamente investito delle funzioni di G.I.P. con determinazione del Presidente del Tribunale.

A questo punto, stante il carattere perentorio del codice, che, dopo avere stabilito il principio generale della incompatibilità «intraprocedimentale» tra le funzioni di G.I.P. e quelle di G.U.P. (art. 34, comma 2-*bis*), detta specifiche e tassative eccezioni alla regola (art. 34, commi 2-*ter* e 2-*quater*), lo scrivente giudice può soltanto prendere atto che la propria situazione di incompatibilità non rientra tra le ipotesi eccettuate *ex lege*, e dunque rappresentare la circostanza a chi di dovere, perché provveda a designare altro magistrato (il quale, nella fattispecie, alla luce dell'attuale dotazione organica del personale di magistratura del tribunale militare di Verona, dovrebbe essere il medesimo Capo dell'Ufficio giudiziario).

Senonché, per i motivi che saranno in prosieguo esplicitati, questo giudicante ha ragione di dubitare circa la legittimità costituzionale dell'art. 34, commi 2-*ter* e 2-*quater*, c.p.p., per contrasto con il principio di cui all'art. 3, comma 1, della Carta fondamentale, nella parte in cui il suddetto articolo, prevedendo eccezioni alla regola della incompatibilità nel medesimo procedimento tra le funzioni di G.I.P. e quelle di G.U.P. (art. 34, comma 2-*bis*, c.p.p.), non dichiara altresì non applicabile la regola medesima nei confronti del giudice che abbia adottato un provvedimento meramente interlocutorio quale la fissazione dell'interrogatorio preventivo, non seguito poi dall'assunzione in concreto dell'adempimento.

A tale riguardo, si rileva preliminarmente che al dubbio di costituzionalità in parola non è opponibile la presunta natura «discrezionale» del potere-dovere del giudice di procedere all'interrogatorio dell'indagato per il quale l'organo requirente abbia richiesto l'adozione della misura interdittiva: come esattamente evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, «il nuovo testo dell'art. 289, comma secondo, cod. proc. pen., introdotto dalla legge 16 luglio 1997, n. 234 (...), va applicato in ogni caso, indipendentemente dal tipo di reato contestato. Sarebbe infatti erroneo ritenere che la garanzia riguardante la misura interdittiva *ex art.* 289 cod. proc. pen. possa costituire un privilegio a favore dei soli pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio che siano imputati o indagati per un delitto contro la pubblica Amministrazione» (Cass., Sez. V pen., 5 maggio 1998/13 luglio 1998, n. 2794; conf. Cass., Sez. V pen., 30 marzo 1998/13 luglio 1998, n. 1931).

Il giudice, insomma, non può sindacare — ai fini dell'eventuale riconsiderazione «immediata» dell'atto — la tipologia del delitto contestato; se giudice «speciale», qual è appunto quello militare, può verosimilmente accertare

la natura penale-militare della violazione — presupposto (ai fini della sussistenza della propria giurisdizione), ma siffatto accertamento si mantiene del tutto all'esterno del fatto per cui si procede, sul quale la mera fissazione dell'interrogatorio non implica valutazione alcuna.

2. — Che la questione, come sopra esposta, sia rilevante nel senso indicato dall'art. 23, comma 2, della legge 11 marzo 1953, n. 87, appare, a sommosso giudizio di chi scrive, evidente.

Il concetto di "rilevanza", allo scopo che qui interessa, risulta precisato in molte e perspicue pronunce del giudice delle leggi.

Nel panorama della giurisprudenza costituzionale, si ricordano le pronunce secondo le quali «il nesso di pregiudizialità richiesto al fine di rendere rilevante (e quindi ammissibile) la questione incidentale di legittimità costituzionale deve consistere in un rapporto di strumentalità necessaria fra la risoluzione della questione di legittimità e la decisione del giudizio principale, nel senso che quest'ultimo non possa essere definito indipendentemente dalla decisione della questione incidentale» (Corte cost., 22 maggio 1974, n. 147, in *Giurisprudenza cost.*, 1974, 921; Corte cost., 10 marzo 1983, n. 49, in *Giurisprudenza cost.*, 1983, I, 208).

Per riprendere le parole di un fondamentale studio in materia, «la questione può considerarsi rilevante quando la legge che ne costituisce l'oggetto sia da applicare nel processo *a quo*» (G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, p. 196).

La medesima fonte dottrinale chiarisce, inoltre, con espresso richiamo alla pronuncia della Corte costituzionale n. 137/1983, che «rilevante non è (solo) la legge la cui applicazione è, direttamente o indirettamente, necessaria per la "definizione" del giudizio, la legge cioè che regola nel merito i rapporti dedotti in causa, bensì quella (...) che riguarda la premessa maggiore (cioè la regola giuridica) di tutti gli innumerevoli sillogismi attraverso i quali si snoda l'attività del giudice fino alla decisione della causa, con decisione processuale o di merito» (G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 196/197).

Ebbene, nel caso che qui occupa, il presente giudice ritiene di trovarsi di fronte a un combinato disposto normativo che gli impone di dichiarare la propria incompatibilità, essendo la sua situazione sussumibile nella regola generale dettata dall'art. 34, comma 2-*bis*, c.p.p. e non ricorrendo alcuna delle ipotesi in cui la legge esclude l'applicazione della regola stessa (art. 34, commi 2-*ter* e 2-*quater*, stesso codice).

Trattasi, all'evidenza, di disposizioni concernenti *lato sensu* la «capacità» dell'organo giudicante, le quali, nel loro complesso, sono destinate a trovare attuazione nel processo pendente a carico di Savini Carlo.

Trattasi, altresì, di disposizioni legislative nei cui confronti al giudice che dubiti, come in effetti questo giudice dubita, della loro compatibilità con almeno un parametro costituzionale, non si prospetta altra strada all'infuori di quella di rivolgersi alla Corte costituzionale, non potendo egli disapplicarle autonomamente stante la sua esclusiva soggezione alla legge (art. 101, comma 2, Cost.).

Nel senso anzidetto, la questione appare sicuramente rilevante.

3. — Nell'esporre i motivi per cui la questione è anche non manifestamente infondata lo scrivente ritiene di dovere subito chiarire perché essa non coinvolga nella sua interezza il richiamato combinato disposto normativo, ossia l'art. 34, commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*, del codice di rito penale, ma vada invece circoscritta ai soli commi 2-*ter* e 2-*quater*.

Invero, la scelta operata con l'art. 171 del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, introduttivo del comma 2-*bis* dell'art. 34 c.p.p., non appare sindacabile dal punto di vista della sua conformità alla Costituzione.

Il comma, nel testo vigente, detta (tra le altre ipotesi) la regola della incompatibilità assoluta a tenere l'udienza preliminare per il giudice che, nel medesimo procedimento, abbia esercitato le funzioni di giudice per le indagini preliminari; e tale regola è giustificata, come ricordato dalla relazione di accompagnamento al citato decreto, dalla esigenza di evitare «i rischi insiti in una elencazione casistica, la quale potrebbe rivelarsi lacunosa e, proprio per questo, suscettiva di dare esca a nuovi interventi della Corte costituzionale motivati da irragionevoli disparità di trattamento» (il richiamo e le osservazioni sono tratti dal commento di D. Manzione pubblicato su *La legislazione penale*, n. 2/3-1998, p. 423).

L'espressione usata dal legislatore delegato, ritenuta «tanto generica da farvi sostanzialmente rientrare ogni attività che sia funzionalmente svolta dal giudice prima dell'esercizio dell'azione penale con riferimento a quel processo» (così D. Manzione, op. ult. cit., *ibidem*), può ovviamente essere criticata sul piano dell'opportunità, stante la estrema ampiezza della sua portata, poco compatibile con le «concrete» possibilità di funzionamento degli Uffici giudiziari di medie e piccole dimensioni.

Nondimeno, la disciplina *ex art. 34*, comma 2-*bis*, non si presta a essere tacciata di incoerenza; e, quel che più conta, si sottrae a un intervento del giudice delle leggi, essendo indubbia epifania di quella discrezionalità «politica» (*rectius*: «di politica legislativa») che rimane al di fuori del giudizio di legittimità costituzionale *ex art. 134* della Costituzione.

A conclusioni affatto diverse si perviene, per contro, in relazione ai due successivi commi del citato *art. 34*.

Infatti, il sistema di incompatibilità di funzioni realizzato dal d.lgs. n. 51/1998, rigido ma coerente (nel senso letterale di «tutto» le cui parti «si tengono»), è stato poi alterato dall'introduzione, nel corpo dello stesso *art. 34 c.p.p.*, dei commi 2-*ter* e 2-*quater*, ad opera, rispettivamente, dell'*art. 11* della legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. «legge Carotti») e dell'*art. 2-quater* del d.l. 7 aprile 2000, n. 82, convertito nella legge 5 giugno 2000, n. 144.

Ebbene, è proprio questa alterazione che, a giudizio di chi scrive, offre l'occasione per far valere il presente dubbio di costituzionalità.

Invero, prevedendo eccezioni specifiche alla regola generale *ex art. 34*, comma 2-*bis*, c.p.p. (in un caso, per il giudice che abbia adottato provvedimenti in ambito di autorizzazioni sanitarie, permessi di colloquio e altri previsti dall'ordinamento penitenziario, provvedimenti di restituzione in termini *ex art. 175 c.p.p.* e provvedimenti dichiarativi della latitanza; nell'altro, per il giudice che abbia provveduto all'assunzione dell'incidente probatorio o abbia comunque adottato altro provvedimento collegato all'incidente probatorio), il Legislatore è ricaduto in quella elencazione casistica i cui rischi aveva inteso evitare al momento di stabilire la regola stessa.

A questo punto, si è prodotta, nel sistema, una «crepa» che non sembra sanabile per via di interpretazione.

Nella fattispecie, la clausola stabilita dal comma 2-*bis* dell'*art. 34 c.p.p.* funge da *tertium comparationis*: non è ragionevole che, allorquando abbia abbandonato la regola della incompatibilità assoluta per prevedere (forse, più realisticamente) una serie di casi in cui l'applicazione di essa non ha ragion d'essere, non essendovi stato, durante le indagini preliminari, compimento di atti forniti di «forza pregiudicante» in relazione al momento decisionale dell'udienza preliminare (*cfr.*, al riguardo, Corte cost., 4 luglio 2001/6 luglio 2001, n. 224), il Legislatore non abbia parimenti affermato la inapplicabilità di quella medesima regola all'ipotesi del giudice che adotti, nel corso del procedimento, un provvedimento di natura interlocutoria quale la fissazione dell'interrogatorio *ex art. 289*, comma 2, c.p.p., non seguito dalla concreta assunzione dell'atto da parte dello stesso giudice-persona fisica; ciò in quanto tale atto risulta mancante, non meno di quelli esplicitati nei commi 2-*ter* e 2-*quater* dell'*art. 34 c.p.p.*, di qualsivoglia «forza di prevenzione» in rapporto alla decisione da prendere in esito all'udienza preliminare.

Nel senso di cui sopra, appare dunque violato il canone dell'eguaglianza stabilito dall'*art. 3*, comma 1, della Costituzione, attesa la irragionevole disparità di trattamento riservata a situazioni analoghe.

4. — Alla luce delle suesposte considerazioni, questo giudicante, decidendo *ex officio* ai sensi dell'*art. 23*, commi 2 e 3, della legge 11 marzo 1953, n. 87, ritiene che sia rilevante e non manifestamente infondata la questione della illegittimità costituzionale — per contrasto con l'*art. 3*, comma 1, della Costituzione della Repubblica italiana — delle norme di cui ai commi 2-*ter* e 2-*quater* dell'*art. 34* del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedono che anche al giudice il quale abbia adottato nel corso delle indagini un provvedimento meramente interlocutorio e privo di qualsiasi forza di prevenzione, come la fissazione dell'interrogatorio *ex art. 289*, comma 2, c.p.p. non seguita poi dalla concreta assunzione dell'adempimento da parte dello stesso giudice-persona fisica, non si applichi la regola della incompatibilità a tenere l'udienza preliminare, stabilita in via generale dall'*art. 34*, comma 2-*bis*, dello stesso codice.

La questione deve essere, conseguentemente, sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 della Costituzione e 23 legge 11 marzo 1953, n. 87;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione della illegittimità costituzionale delle disposizioni dell'art. 34, commi 2-ter e 2-quater, del codice di procedura penale, in relazione al parametro costituito dall'art. 3, comma 1, Cost., nella parte in cui dette norme processuali non prevedono la inapplicabilità della regola sulla incapacità a tenere l'udienza preliminare nel medesimo procedimento anche per il giudice che, durante le indagini, abbia adottato un provvedimento di carattere del tutto interlocutorio quale la fissazione dell'interrogatorio preventivo di cui all'art. 289, comma 2, c.p.p., non seguita poi dall'assunzione in concreto dell'adempimento da parte dello stesso giudice-persona fisica.

Sospende, pertanto, il procedimento, disponendo l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Dispone, altresì, che la presente ordinanza sia, a cura della cancelleria, notificata al sig. Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai sigg. Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Per le parti presenti all'udienza preliminare la lettura dell'ordinanza, da parte del giudice, vale come notificazione.

Verona, addì 3 ottobre 2001

Il giudice dell'udienza preliminare: CELLETTI

01C1238

GIANFRANCO TATOZZI, *direttore*

FRANCESCO NOCITA, *redattore*

(5651575/1) Roma, 2002 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato - S.



* 4 5 - 4 1 0 5 0 0 0 2 0 1 0 9 *

€ **1,60**
L. 3.098