

1^a SERIE SPECIALE

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

Anno 144° — Numero 35

GAZZETTA **UFFICIALE**
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PARTE PRIMA

Roma - Mercoledì, 3 settembre 2003

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 PROMOVIAMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

NN. **da 595 a 597.** Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — emesse dal Tribunale di Bologna del 10 maggio 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3 e 13, comma terzo

Pag. 11

N. **598.** Ordinanza del Tribunale di Monza del 23 gennaio 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria in materia di libertà personale di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi.

- D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione artt. 3 e 13, comma terzo.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Eccessiva afflittività della sanzione (arresto da sei mesi ad un anno) - Indeterminatezza della locuzione «senza giustificato motivo» - Violazione dei principi di ragionevolezza, di tassatività della fattispecie penale e della funzione rieducativa della pena - Lesione del diritto inviolabile dello straniero alla libertà personale - Compressione del diritto di difesa.

- Legge 30 luglio 2002, n. 189, art. 14, comma 5-*ter* [*recte*: D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*ter*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189].
- Costituzione artt. 3, 13, 24, 25 e 27.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Obbligo per il giudice di rilasciare all'atto di convalida dell'arresto il nulla osta all'espulsione - Violazione del principio di ragionevolezza - Contrasto con le norme costituzionali poste a tutela della condizione giuridica dello straniero - Contrasto con il principio di effettività del diritto di difesa.

- D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 13, comma 3-*bis*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione artt. 3, 10, 24 e 111

» 14

N. 599. Ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Napoli del 26 marzo 2003.

Ordinamento penitenziario - Regime carcerario differenziato - Provvedimenti ministeriali di proroga - Condizione: insussistenza della capacità del detenuto o dell'interessato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive - Violazione del principio di uguaglianza (per la configurazione di una specifica tipologia di detenuto basata sulla presunta pericolosità dello stesso) - Carenza dei presupposti di emergenza ed eccezionalità per l'adozione di tali provvedimenti - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Lesione del principio della necessità della motivazione congrua del provvedimento.

- Legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-*bis*, comma 2-*bis*, come novellato dall'art. 2 della legge 23 dicembre 2002, n. 279.
- Costituzione, artt. 3, 13, 24, 27, 97 e 113

Pag. 21

N. 600. Ordinanza del Tribunale di Arezzo del 17 maggio 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Lesione del principio della riserva di giurisdizione in materia di libertà personale - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, art. 13, commi secondo e terzo

» 29

NN. da 601 a 604. Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identiche — del T.a.r. per la Puglia sez. staccata di Lecce del 28 maggio 2003.

Straniero e apolide - Straniero in posizione irregolare - Espulsione amministrativa - Possibilità di regolarizzazione in base a circostanze obiettive attestanti l'avvenuto inserimento sociale - Mancata previsione - Ingiustificato eguale trattamento dello straniero lavoratore espulso in quanto in posizione irregolare rispetto allo straniero espulso per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato.

- Legge 9 ottobre 2002, n. 222, art. 1, comma 8, lett. a).
- Costituzione, art. 3

» 31

N. 605. Ordinanza del Tribunale di Milano del 12 marzo 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3 e 13, comma terzo

» 34

N. 606. Ordinanza del Tribunale di Milano del 3 gennaio 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quinquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3 e 13, comma terzo

Pag. 37

N. 607. Ordinanza del T.a.r. per la Campania del 10 aprile 2003.

Caccia - Regione Campania - Modifica dei periodi di caccia stabiliti dall'art. 16 della legge regionale n. 8/1996 per alcune specie della fauna presenti in Campania - Anticipazione del periodo venatorio dalla terza domenica di settembre al 1° settembre - Omessa richiesta del parere dell'I.N.F.S. - Contrasto con la normativa statale in materia (art. 18 legge n. 157/1992) - Violazione della sfera di competenza statale in materia di tutela dell'ambiente e dei limiti stabiliti dall'ordinamento comunitario (Direttiva 79/409/CEE del 2 aprile 1979).

- Legge Regione Campania 10 aprile 1996, n. 8, art. 16, comma 1, lett. a), come modificato dall'art. 49, comma 1, lett. e), della legge Regione Campania 26 luglio 2002, n. 15.
- Costituzione, art. 117, commi primo (in relazione alla Direttiva 79/409/CEE del 2 aprile 1979) e secondo, lett. s), (in relazione all'art. 18 della legge 11 febbraio 1992, n. 157)

» 41

N. 608. Ordinanza del giudice di pace di Fano del 4 marzo 2003.

Processo penale - Procedimento dinanzi al giudice di pace - Decreto di citazione a giudizio disposto dalla polizia giudiziaria - Avviso all'imputato della facoltà di presentare domanda di oblazione - Mancata previsione - Disparità di trattamento rispetto agli imputati per reati di competenza del tribunale avvisati, a pena di nullità, ex art. 552 cod. proc. pen. - Lesione del diritto di difesa - Violazione dei criteri di efficienza a cui è improntata l'attività della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 20.
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, comma secondo, e 97, primo comma

» 47

N. 609. Ordinanza del Tribunale di Potenza del 6 giugno 2003.

Persone giuridiche - Fondazioni - Ente morale «Biblioteca e Pinacoteca Camillo d'Errico» - Ubicazione della sede - Trasferimento coattivo *ope legis* dal Comune di Palazzo San Gervasio (PZ) al Comune di Matera e adeguamento della relativa clausola dello statuto dell'ente - Disparità di trattamento rispetto agli altri enti proprietari di cose di interesse artistico - Violazione dei canoni di logicità e ragionevolezza - Vanificazione della disposizione testamentaria del fondatore - Lesione del diritto alla proprietà privata - Compressione del diritto della fondazione ad ubicare la propria sede in ogni località del territorio nazionale - Violazione della libertà di circolazione e soggiorno.

- Legge 13 luglio 1939, n. 1082, artt. 1 e 2.
- Costituzione, artt. 3, 16 e 42

» 48

N. 610. Ordinanza del giudice di pace di Bobbio del 13 marzo 2003.

Processo penale - Guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti - Accertamento dello stato di alterazione fisica e psichica correlata all'uso delle predette sostanze - Mancata previsione di limiti di quantità delle sostanze idonei a determinare lo stato di alterazione, come stabilito per la guida in stato di ebbrezza - Insufficiente determinazione della fattispecie penale.

- Decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della strada), art. 187, commi primo e quarto.
- Costituzione, artt. 25, comma secondo, e 27, comma secondo

Pag. 54

N. 611. Ordinanza del Tribunale di Vallo della Lucania del 14 maggio 2003.

Giustizia amministrativa - Devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di edilizia e urbanistica ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno ingiusto in conseguenza di atti espropriativi ed ablativi - Eccesso di delega.

- Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, art. 34.
- Costituzione, art. 76 in relazione all'art. 11, comma 4, lett. g), legge 15 marzo 1997, n. 59

» 56

N. 612. Ordinanza del tribunale di Reggio Calabria del 29 aprile 2003.

Processo penale - Incompatibilità del giudice - Giudice che ha convalidato l'arresto ad applicato una misura cautelare - Incompatibilità a partecipare al giudizio direttissimo - Mancata previsione - Disparità di trattamento rispetto alle ipotesi di incompatibilità previste per il giudice che, nel medesimo procedimento, ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari - Lesione del principio del giusto processo sotto il profilo dell'imparzialità del giudice.

- Codice di procedura penale, art. 34.
- Costituzione, artt. 3, 24, comma secondo, e 111

» 58

N. 613. Ordinanza del T.a.r. per l'Emilia-Romagna dell'11 giugno 2003.

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117

» 61

N. 614. Ordinanza del T.a.r. per l'Emilia-Romagna dell'11 giugno 2003.

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117

» 65

N. 615. Ordinanza del T.a.r. per l'Emilia-Romagna dell'11 giugno 2003.

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principî fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117

Pag. 69

N. 616. Ordinanza del T.a.r. per l'Emilia-Romagna dell'11 giugno 2003.

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principî fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117

» 73

N. 617. Ordinanza del T.a.r. per l'Emilia-Romagna dell'11 giugno 2003.

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principî fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117

» 77

N. 618. Ordinanza del T.a.r. per l'Emilia-Romagna dell'11 giugno 2003.

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principî fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117

» 81

N. 619. Ordinanza del T.a.r. per l'Emilia-Romagna dell'11 giugno 2003.

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117

Pag. 85

N. 620. Ordinanza del T.a.r. per l'Emilia-Romagna dell'11 giugno 2003.

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117

» 89

N. 621. Ordinanza del Tribunale di Messina del 26 marzo 2003.

Giustizia amministrativa - Devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di edilizia e urbanistica, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno ingiusto in conseguenza di atti espropriativi ed ablativi - Eccesso di delega.

- Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, artt. 34, commi 1 e 2, e 35, comma 1.
- Costituzione, artt. 76 e 77, primo comma

» 93

N. 622. Ordinanza del g.u.p. del Tribunale di Cuneo del 28 marzo 2002.

Processo penale - Rogatorie all'estero - Acquisizione o trasmissione di documenti o altri mezzi di prova a seguito di rogatoria - Divieto di utilizzabilità degli atti acquisiti o trasmessi dall'autorità giudiziaria, privi della specifica certificazione di conformità prevista dall'art. 3 della Convenzione di Strasburgo del 20 aprile 1959 - Estensione della nuova disciplina ai procedimenti in corso - Contrasto con la prassi internazionale invalsa nell'applicazione di tale norma nonché con le disposizioni in materia contenute nei successivi trattati internazionali - Violazione dell'obbligo di adeguamento dell'ordinamento giuridico italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute - Lesione del principio del contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità e del principio della ragionevole durata del processo.

- Codice di procedura penale, artt. 696, 727, comma 5-bis, e 729 (come modificati dagli artt. 9, 12 e 13 della legge 5 ottobre 2001, n. 367); legge 5 ottobre 2001, n. 367, art. 18.
- Costituzione, artt. 10, 111, comma secondo

» 95

N. 623. Ordinanza del giudice di pace di Roma del 18 febbraio 2003.

Circolazione stradale - Guida di motocicli - Guida di motociclo di cilindrata superiore a 125 c.c. da parte di soggetto munito di patente B, anziché della prevista patente A - Sanzioni - Mancata differenziazione rispetto alla più grave ipotesi di guida dello stesso motociclo senza patente alcuna - Ingiustificata equiparazione sanzionatoria tra infrazioni di diversa pericolosità - Disparità di trattamento rispetto all'ipotesi di guida di autoveicolo con patente diversa da quella richiesta.

- Codice della strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285), art. 116, comma 13.
- Costituzione, art. 3

Pag. 98

N. 624. Ordinanza del Tribunale di Venezia del 12 settembre 2002.

Esecuzione forzata (in genere) - Opposizione di terzo all'esecuzione - Ricorso introduttivo - Contenuto - Invito al convenuto a costituirsi venti giorni prima dell'udienza fissata dal Giudice dell'esecuzione, o al più tardi alla stessa udienza, con avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'art. 167 cod. proc. civ. - Mancata previsione a pena di nullità - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ai procedimenti di cognizione ordinaria introdotti con citazione - Violazione del principio di eguaglianza.

- Cod. proc. civ., art. 619.
- Costituzione, art. 3.

Esecuzione forzata (in genere) - Opposizione di terzo all'esecuzione - Ricorso introduttivo - Contenuto - Invito al convenuto a costituirsi venti giorni prima dell'udienza fissata dal Giudice dell'esecuzione, o al più tardi alla stessa udienza, con avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'art. 167 cod. proc. civ. - Mancata previsione - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ai procedimenti di cognizione ordinaria introdotti con citazione - Violazione del principio di eguaglianza.

- Cod. proc. civ., art. 163, n. 7.
- Costituzione, art. 3.

Esecuzione forzata (in genere) - Opposizione di terzo all'esecuzione - Ricorso introduttivo - Nullità qualora manchi l'avvertimento al convenuto che la costituzione avvenuta oltre il termine di venti giorni prima dell'udienza fissata dal Giudice dell'esecuzione, o comunque successivamente a tale udienza, implica le decadenze di cui all'art. 167 cod. proc. civ. - Omessa previsione - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ai procedimenti di cognizione ordinaria introdotti con citazione - Violazione del principio di eguaglianza.

- Cod. proc. civ., art. 164, primo comma.
- Costituzione, art. 3.

Esecuzione forzata (in genere) - Opposizione di terzo all'esecuzione - Domande riconvenzionali del convenuto - Necessaria proposizione, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, da depositarsi venti giorni prima dell'udienza fissata dal Giudice dell'esecuzione, o al più tardi alla stessa udienza - Mancata previsione - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ai procedimenti di cognizione ordinaria introdotti con citazione - Violazione del principio di eguaglianza.

- Cod. proc. civ., combinato disposto degli artt. 166 e 167, comma secondo.
- Costituzione, art. 3

» 100

N. 625. Ordinanza del Tribunale di Firenze del 24 aprile 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Rito direttissimo - Impossibilità per il giudice di emettere una pronuncia di merito (in conseguenza dell'obbligo del rilascio del nulla osta all'espulsione, per l'inapplicabilità della misura della custodia cautelare in carcere) - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione dei diritti inviolabili dell'uomo e della tutela della condizione giuridica dello straniero, regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali (in particolare artt. 5 e 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) - Violazione del diritto di accesso ad un giusto processo e del diritto di difesa - Lesione del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge.

- Codice di procedura penale, art. 558, in combinato disposto con gli artt. 13 e 14 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge 13 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3, 10, 24, 101 e 111

Pag. 106

N. 626. Ordinanza del Tribunale di Firenze del 24 aprile 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Rito direttissimo - Impossibilità per il giudice di emettere una pronuncia di merito (in conseguenza dell'obbligo del rilascio del nulla osta all'espulsione, per l'inapplicabilità della misura della custodia cautelare in carcere) - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione dei diritti inviolabili dell'uomo e della tutela della condizione giuridica dello straniero, regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali (in particolare artt. 5 e 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) - Violazione del diritto di accesso ad un giusto processo e del diritto di difesa - Lesione del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge.

- Codice di procedura penale, art. 558, in combinato disposto con gli artt. 13 e 14 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge 13 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3, 10, 24, 101 e 111

» 109

N. 627. Ordinanza del Tribunale di Milano del 5 maggio 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Lesione del principio della riserva di giurisdizione in materia di libertà personale - Violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3, 13, comma terzo e 97

» 112

N. 628. Ordinanza del Tribunale di Milano del 7 maggio 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Disparità di trattamento sotto diversi profili - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale.

- D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quinqies*, come aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3 e 13, comma terzo

Pag. 114

N. 629. Ordinanza del Tribunale di Milano del 5 maggio 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Lesione del principio della riserva di giurisdizione in materia di libertà personale - Violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quinqies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3, 13, comma terzo e 97

» 117

N. 630. Ordinanza del Tribunale di Firenze dell'11 gennaio 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Applicabilità della misura soltanto ai cittadini extracomunitari e agli apolidi - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione dei diritti inviolabili dell'uomo - Contrasto con i principi sanciti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Violazione dell'obbligo di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale al pieno sviluppo della persona umana.

- Codice di procedura penale, art. 558, in combinato disposto con l'art. 14 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge 13 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 2, 3, 10, 24, 101, 111

» 119

ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

NN. da 595 a 597

Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — emesse il 10 maggio 2003 dal Tribunale di Bologna nei procedimenti penali a carico di: Abdl Afid ed altri (R.O. 595/2003), Ridovani Karim (R.O. 596/2003), Lakdar Haddou (R.O. 597/2003);

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3 e 13, comma terzo.

IL TRIBUNALE

Sulla richiesta del p.m. di convalida dell'arresto di: Abdl Afid, Adda Nadmi e Zalasi Jalem tratti in arresto a Bologna il 9 maggio 2003, ai sensi dell'art. 14, comma 5-*quiquies*, d.lgs. n. 286/1998 — come modificato dalla legge n. 189/2002 — per la contravvenzione prevista dall'art. 14, comma 5-*ter*, stessa legge.

1. — Premesso che con decreto del 10 dicembre 2002 il prefetto di Bologna aveva disposto l'espulsione dell'arrestato Abdl e che, con decreto emesso e notificato il 10 dicembre 2002 il questore di Bologna gli aveva ordinato di allontanarsi dal territorio dello Stato entro cinque giorni ai sensi dell'art. 14, comma 5-*bis* del t.u. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/02; con decreti in data 21 novembre 2002 per Adda e 12 novembre 2002 per Zalasi.

Premesso inoltre che l'arrestato è privo di documenti d'identità ed è stato sottoposto a rilievi dattiloscopici per la sua identificazione, non è mai stato condannato, non risulta che abbia pendenze giudiziarie e non è mai stato segnalato dalla polizia come autore di reati; osserva che sussistono dubbi sulla legittimità costituzionale, della norma dell'art. 14, comma 5-*quiquies*, d.lgs. n. 286/1998 con riferimento alle norme degli artt. 3 e 13, comma 3 della Costituzione. Poiché non appare, manifestamente infondata, la questione deve essere sollevata anche d'ufficio.

2. — Con riferimento all'art. 13, comma 3 della Costituzione, la norma indicata appare illegittima per le seguenti ragioni:

L'art. 13 della Costituzione prevede che «la libertà personale è inviolabile» (comma 1), che la libertà personale può essere limitata soltanto con atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge (comma 2), e che soltanto «in casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di p.s. può adottare provvedimenti provvisori», che devono essere convalidati in tempi brevissimi dall'autorità giudiziaria (comma 3).

Il legislatore ordinario può quindi determinare i casi in cui la libertà personale può essere provvisoriamente limitata dalla p.s., ma la scelta è limitata ai «casi eccezionali, di necessità ed urgenza». Poiché l'art. 14, comma 5-*quiquies* prevede l'obbligatorietà dell'arresto quando sia accertata la flagranza della contravvenzione dell'art. 14, comma 5-*ter*, le condizioni di eccezionale gravità ed urgenza che possono giustificare la limitazione provvisoria della libertà personale da parte della p.s. non possono essere valutate in concreto ma soltanto in astratto in relazione al reato a cui è collegata la «previsione dell'arresto obbligatorio»;

La contravvenzione in esame per la quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza è un reato di mera condotta. L'elemento materiale del reato è il fatto dello straniero che, già espulso dal territorio dello Stato in quanto clandestino, non abbia osservato l'ordine di allontanamento del questore.

La struttura del reato non prevede quindi né la lesione o la messa in pericolo di un bene costituzionalmente protetto, né una condizione soggettiva di pericolosità specifica dell'autore, che, mai condannato né giudicato per altri reati, non può essere giudicato socialmente pericoloso (*cfr.*, sentenze nn. 126/1972 e 64/1977 della Corte costituzionale nelle quali la legittimità dell'arresto era collegata al preesistente accertamento giudiziale delle condizioni di pericolosità sociale).

La permanenza clandestina dello straniero in Italia è una condizione che legittima l'espulsione ma non costituisce alcun reato e che, dipendendo dalla formale assenza di documenti d'identità, non può essere indice di per se stessa di una specifica pericolosità del soggetto.

Né la condotta punita né le condizioni dell'agente assumono quindi, nel nostro caso, quei connotati di eccezionale necessità ed urgenza che giustificano il potere della p.s. di limitare la libertà personale ai sensi dell'art. 13, comma 3 Cost.

Si deve anche osservare che l'arresto obbligatorio è previsto in questo caso per una contravvenzione. Il sistema processuale vigente non prevede per le contravvenzioni l'applicazione di misure cautelari (artt. 280 e 287 c.p.p.). In nostro caso non fa eccezione e dunque anche nel nostro caso l'arresto non ha una funzione precautelare. Esistono altri casi in cui l'arresto è consentito a prescindere dalla successiva applicazione di misure cautelari ma si tratta di casi molto diversi dal nostro.

Un primo caso è quello previsto per il delitto di cui all'art. 189 del codice della strada (la pena edittale è inferiore ai limiti che consentono l'applicazione di misure cautelari). Altri casi sono quelli previsti per le contravvenzioni previste dall'art. 4, commi 1 e 2, 4 e 5, legge n. 110/1975 se sussiste aggravante della finalità di discriminazione o odio etnico, razziale ecc..

Ma è evidente nel primo di questi casi (a prescindere dal fatto che si tratta di delitto e non di contravvenzione) la necessità di un intervento immediato diretto a limitare la libertà di chi si sia dato alla fuga, abbandonando la vittima di un incidente stradale da lui cagionato e abbia messo in pericolo la sicurezza individuale e collettiva (*cfr.* in proposito Corte cost. n. 305/1996) e negli altri casi la necessità di limitare la libertà personale di persone che portino senza licenza armi proprie o improprie o, anche provvisti di licenza, in riunioni pubbliche, quando sussista l'aggravante della destinazione ad atti violenti per finalità di discriminazione o di odio razziale.

La necessità dell'arresto in flagranza privo di finalità precautelari dipende, in questi casi, dal fatto che si tratta di condotte attive (lesioni personali con conseguente fuga e abbandono della vittima e porto d'armi in occasioni o con finalità non consentite) che pongono concretamente in pericolo la sicurezza individuale e collettiva, e sono necessariamente dolose. L'arresto previsto dall'art. 14, comma 5-*quiquies* riguarda invece una condotta meramente omissiva, che non pone in pericolo l'incolumità altrui e può essere anche colposa.

È il caso di aggiungere che la Corte cost. con la sentenza n. 305/1996 ha confermato la legittimità della previsione dell'arresto per il delitto di cui all'art. 189 codice della strada ma in quanto l'arresto è previsto come facoltativo e quindi «richiede pur sempre la sussistenza, nei singoli casi concreti, dei presupposti ai quali l'art. 381, comma 4, subordina in via generale l'adozione di tale misura».

Nel caso in esame invece l'obbligatorietà dell'arresto esclude ogni valutazione sulla concreta pericolosità della condotta, con la conseguenza che la previsione dell'arresto potrebbe essere conforme alla norma dell'art. 13, comma 3 Cost. soltanto se si ritenesse eccezionalmente necessario ed urgente limitare la libertà di uno straniero tutte le volte in cui abbia violato l'ordine di allontanamento del questore successivo alla sua espulsione dal territorio nazionale. Ma l'ipotesi rende evidente il contrasto con il principio dell'inviolabilità della libertà personale previsto appunto dall'art. 13 Cost.

L'arresto obbligatorio non potrebbe neppure trovare una giustificazione nell'eccezionale necessità ed urgenza di procedere al rito direttissimo imposto dalla stesso art. 14, comma 5-*quiquies* per l'accertamento della contravvenzione dell'art. 14, comma 5-*ter*. Il rito direttissimo nel nostro ordinamento non è infatti vincolato alla necessaria presenza dell'imputato in udienza, come appare dall'art. 449 c.p.p. che lo prevede in tutti i casi in cui l'imputato — non arrestato né detenuto — abbia reso confessione, nei casi previsti dall'art. 450, comma 2 c.p.p., che espressamente dispone le regole processuali per l'ipotesi di citazione a giudizio dell'imputato a piede libero, oltre che nei casi previsti dallo stesso d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/1992, che all'art. 13, comma 13-*ter* prevede ipotesi di arresto facoltativo disponendo che in ogni caso, e quindi anche quando la facoltatività dell'arresto non sia stata esercitata e perciò l'imputato resti libero — si proceda contro l'autore con rito direttissimo.

Né infine l'eccezionale necessità ed urgenza dell'arresto può essere collegata alla necessità di eseguire l'espulsione immediata dell'arrestato che può essere effettuata anche con accompagnamento alla frontiera e in modo del tutto autonomo e indipendente dall'arresto, ai sensi dell'art. 13, comma 4, d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/02.

3. — Con riferimento all'art. 3 della Costituzione che impone al legislatore il rispetto del limite della ragionevolezza come qualificato nelle sentenze della Corte costituzionale nn. 26/1979, 103/1982, 409/1989, 394/1994 ¹⁾ la previsione dell'arresto obbligatorio parrebbe essere incostituzionale per le seguenti ragioni:

L'art. 13, comma 13 del d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/02 prevede il fatto dello straniero che, espulso e materialmente accompagnato alla frontiera, rientri nel territorio nazionale e punisce questa condotta con l'arresto da sei mesi a un anno, cioè con una pena identica a quella prevista per la contravvenzione prevista dall'art. 14, comma 5-*ter* per il caso dello straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore.

1) Vedi anche C. cost. n. 53/58 dove si legge che «non si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore se si dichiara che il principio dell'uguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta ad un'indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera diverse».

In realtà la condotta descritta all'art. 14, comma 5-ter appare meno grave di quella di cui all'art. 13, comma 13; in quest'ultimo caso lo straniero che, accompagnato coattivamente alla frontiera a mezzo della forza pubblica e fisicamente espulso dal territorio dello Stato, vi rientra, pone in essere una condotta attiva di trasgressione non solo ad un ordine legalmente dato ma anche ad attività che hanno impegnato lo Stato con risorse umane e materiali e ha quindi mostrato un atteggiamento volitivo particolarmente forte mentre la condotta di cui all'art. 14, comma 5-ter è meramente omissiva poiché lo straniero «intimato» si limita a non adempiere l'ordine e a non presentarsi alla frontiera nel termine indicato, tiene cioè una condotta compatibile anche con la semplice colpa.

Se dunque è corretto ritenere che la contravvenzione di cui all'art. 14, comma 5-ter è di gravità pari o addirittura minore rispetto a quella di cui all'art. 13, comma 13, la previsione di un arresto obbligatorio nel primo caso e facoltativo nel secondo non appare ragionevole.

Ma c'è di più. L'art. 13, comma 13-ter del t.u. in esame, prevede come facoltativo l'arresto anche in caso di commissione di uno dei delitti previsti dal precedente comma 13-bis e, fra essi, oltre a quello dello straniero già denunciato per la contravvenzione di cui al comma 13 e nuovamente espulso con accompagnamento alla frontiera, c'è anche quello di violazione dell'espulsione disposta dal giudice che, ai sensi dell'art. 16 del decreto, può essere disposta con la sentenza come sanzione sostitutiva di una condanna per reato non colposo ad una pena detentiva entro il limite di due anni e quindi anche in relazione a soggetti che hanno dimostrato già, in concreto, di essere pericolosi. E indubbio che tali soggetti devono essere ritenuti più pericolosi e il loro reingresso nello Stato più allarmante della semplice permanenza di uno straniero che non abbia obbedito all'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni.

Il legislatore ha perciò trattato in maniera difforme situazioni almeno uguali (prevedendo l'arresto obbligatorio per la contravvenzione di cui all'art. 14, comma 5-ter e quello facoltativo per la contravvenzione di cui all'art. 13, comma 13) e in maniera più grave reati di minore gravità (la contravvenzione di cui all'art. 14, comma 5-ter rispetto ai delitti di cui all'art. 13, comma 13-bis).

D'altra parte, la norma di cui all'art. 14, comma 5-ter è diretta a sanzionare la condotta omissiva dello straniero che si sottrae all'esecuzione volontaria di un ordine dell'autorità, essendo stato questo ordine emanato perché lo straniero si trova in una particolare condizione soggettiva (privo di documenti di identificazione e dunque non passibile di espulsione coatta verso un determinato Stato) ma, in sé non illecita. L'essere clandestino e non identificabile non integra infatti alcuna ipotesi di reato scegliendo inoltre il reato di natura contravvenzionale (anche per conformità con ipotesi simili come quella dell'art. 650 Cp dell'art. 2 legge n. 1423/56) lo stesso legislatore ha qualificato la condotta in termini di minore gravità escludendo anche la possibilità di applicare misure cautelari.

La previsione dell'arresto obbligatorio per l'ipotesi in esame, in contrasto con la previsione della mera facoltatività dell'arresto per fattispecie di reato di uguale o addirittura di minore gravità, è perciò censurabile per il mancato rispetto del principio della ragionevolezza.

È appena il caso di ricordare, per concludere, che il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., benché testualmente riferito ai «cittadini» deve ritenersi esteso agli stranieri, trattandosi di norma diretta alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (Corte cost. sent. n. 104/69).

4. — La questione sollevata è rilevante, poiché l'arrestato è stato privato della libertà personale e obbligatoriamente tratto in arresto, senza alcun giudizio di pericolosità, per la violazione dell'art. 14, comma 5-ter e condotto davanti al giudice per la convalida dell'arresto e il giudizio direttissimo ai sensi dell'art. 558 Cpp.

La circostanza che la mancata convalida dell'arresto determinerà la caducazione della misura non può influire sulla rilevanza della questione di legittimità. In proposito è sufficiente richiamare la sentenza 54/93 della Corte costituzionale con la quale è stato, fra l'altro, affermato testualmente che nel giudizio di convalida la rilevanza della questione permane, trattandosi di stabilire se la liberazione dell'arrestato debba considerarsi conseguente all'applicazione dell'art. 391, settimo comma, ovvero più radicalmente, alla caducazione con effetto retroattivo della disposizione in base alla quale gli arresti furono eseguiti»

P. Q. M.

Visto l'art. 23, legge 87/1953;

Dichiara non manifestamente infondata e rilevante nel presente giudizio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinquies, d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/2002 per contrasto con gli artt. 3 e 13, comma 3 della Costituzione: sospende il giudizio in corso;

Ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale:

Dispone che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata ai Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidente del Senato e della Camera dei deputati

Bologna, addì 10 maggio 2003

Il giudice: LENZI

03C0902

N. 598

*Ordinanza del 23 gennaio 2003 emessa dal Tribunale di Monza
nel procedimento penale a carico di Dobre Doru*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria in materia di libertà personale di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi.

- D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-quinquies, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione artt. 3 e 13, comma terzo.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Eccessiva afflittività della sanzione (arresto da sei mesi ad un anno) - Indeterminatezza della locuzione «senza giustificato motivo» - Violazione dei principi di ragionevolezza, di tassatività della fattispecie penale e della funzione rieducativa della pena - Lesione del diritto inviolabile dello straniero alla libertà personale - Compressione del diritto di difesa.

- Legge 30 luglio 2002, n. 189, art. 14, comma 5-ter [recte: D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-ter, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189].
- Costituzione artt. 3, 13, 24, 25 e 27.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Obbligo per il giudice di rilasciare all'atto di convalida dell'arresto il nulla osta all'espulsione - Violazione del principio di ragionevolezza - Contrasto con le norme costituzionali poste a tutela della condizione giuridica dello straniero - Contrasto con il principio di effettività del diritto di difesa.

- D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 13, comma 3-bis, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione artt. 3, 10, 24 e 111.

IL TRIBUNALE

Pronunziando nel procedimento n. 9841/02 RG 2827/02 DIB a carico di Dobre Doru, arrestato in flagranza del reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/1998 così come modificato dall'art. 13, comma 5-ter e *quinquies*, legge n. 189/2002;

Sciogliendo la riserva assunta in data 9 gennaio 2003 in ordine alla illegittimità costituzionale della norma sopracitata sollevata dal pubblico ministero alla predetta udienza laddove, al comma 5-quinquies prevede l'arresto obbligatorio in caso di flagranza di reato per violazione degli artt. 3 e 13 della Costituzione;

Sentite le osservazioni del difensore dell'imputato che si è associato, rileva quanto segue.

La questione di illegittimità sollevata dal pubblico ministero.

La questione sollevata, oltre ad apparire rilevante perché deve trovare concreta applicazione nel presente giudizio, appare anche non manifestamente infondata. Infatti l'art. 13 della Costituzione, secondo la lettura che ne è stata sempre data dalla Corte costituzionale (si vedano per tutte le pronunce n. 173 del 1971 e n. 503 del 1989) e dalla Corte di cassazione (ad es. sentenza n. 297 del 1973), legittima il potere di limitazione della libertà personale da parte dell'autorità di pubblica sicurezza solo in quanto anticipazione e supplenza del potere dell'autorità giudiziaria.

Per questo ai sensi dell'art. 386 c.p.p. la polizia giudiziaria di ogni arresto deve dare immediata notizia al pubblico ministero, cui deve porre a disposizione l'arrestato al più tardi entro 24 ore; d'altra parte il pubblico ministero ha il potere/dovere di sindacare immediatamente l'operato della polizia giudiziaria, sia sotto il profilo della legittimità che sotto quello delle esigenze cautelari, ex art. 389 c.p.p. e 121 disp. att. c.p.p.

Nel caso di specie, è invece attribuito alla polizia giudiziaria il dovere di procedere all'arresto — obbligatorio — dell'indagato per un illecito contravvenzionale, cui non può seguire quindi l'applicazione di alcuna misura cautelare (ex art. 272 e segg. c.p.p., ed in mancanza di previsione speciale).

Viene così, in contrasto con l'art. 13, secondo comma Cost., riconosciuto in materia di libertà personale alla polizia giudiziaria un potere autonomo e superiore rispetto a quello di cui dispone l'autorità giudiziaria.

L'art. 14, comma 5-*quiquies* d.lgs. n. 286/1998 prevede altresì che si proceda con rito direttissimo: con ciò parrebbe risultare limitato il potere/dovere del p.m. di porre immediatamente in libertà l'indagato ex art. 121 disp. att. c.p.p. (infatti nel caso in esame non esercitato), in contrasto con il dovere di controllo dell'operato della p.g. ex art. 13, secondo comma Cost.

Inoltre si viene a creare una ingiustificata disparità di trattamento fra coloro che, indagati per la contravvenzione in questione, possono vedere limitata la propria libertà personale fino ad un massimo di 48 ore, e coloro che, arrestati per reati anche molto più gravi, possono essere comunque rimessi immediatamente in libertà secondo i principi generali.

In particolare è stridente la disparità di trattamento in relazione a quanto previsto dall'art. 13, comma 13-*ter* d.lgs. n. 286/1998, che non impone l'arresto obbligatorio dello straniero espulso che rientri nel territorio dello Stato (ed è punito con pena identica a quella prevista per lo straniero che non ottempera all'ordine di allontanarsi), neppure se l'espulsione era stata disposta dall'autorità giudiziaria (delitto per il quale è prevista una pena ben più grave e che consente l'applicazione di misure cautelari).

Altre questioni di illegittimità sollevate d'ufficio.

Ritiene altresì il giudice di dovere sollevare altre due questioni di illegittimità costituzionale, la prima con riferimento alla fattispecie incriminatrice oggi in contestazione e la seconda relativa al nullaosta all'espulsione che il giudice penale deve rilasciare all'esito del giudizio di convalida.

L'illegittimità della fattispecie incriminatrice oggi contestata.

L'art. 14, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 286/1998 (introdotto dall'art. 13, legge 30 luglio 2002 n. 189) così stabilisce: «Lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-*bis* è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno. In tal caso si procede a nuova espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica».

La norma solleva dubbi di legittimità costituzionale per violazione degli articoli 25 (principio di tassatività), 3 (principio di ragionevolezza), 27 (funzione rieducativa della pena), 13 (libertà personale) e 24 (diritto di difesa), Costituzione;

Il primo dei motivi di contrasto con la Carta costituzionale sorge per l'estrema indeterminatezza della fattispecie. Infatti, il legislatore non si limita a sanzionare la condotta dello straniero che non ottemperi tout court al provvedimento del questore, ma la condotta di colui che ponga in essere tale comportamento «senza giustificato motivo».

Invero, nessuna indicazione ermeneutica viene fornita sul significato da attribuire ai «giustificati motivi» che esonerano lo straniero rimasto sul territorio dalla sanzione penale. Nel vuoto legislativo appare quindi concreta la reviviscenza della fattispecie di cui all'art. 7-*bis* della legge Martelli (decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39) che puniva, con la reclusione da sei mesi a tre anni, lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che non si «adoperava» per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio; disposizione che la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima con sentenza n. 34 del 1995.

Invero, l'espressione impiegata dal legislatore nell'art. 14, comma 5-ter cit., in mancanza di parametri oggettivi di riferimento, impedisce di stabilire con precisione quando l'inerzia del soggetto che si sia intesa sanzionare raggiunga la soglia penalmente apprezzabile.

Tale indeterminatezza, da un lato pone il soggetto destinatario del precetto nell'impossibilità di rendersi conto del comportamento doveroso cui attenersi per evitare di soggiacere alla conseguenze della sua inosservanza, tanto più che il precetto è rivolto esclusivamente a stranieri, e, d'altro canto, non consente all'interprete di esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da un fondamento controllabile nella operazione ermeneutica di riconduzione della fattispecie concreta alla previsione normativa.

Per tali ragioni la norma impugnata non è rispettosa del «principio di tassatività della fattispecie contenuta nella riserva di legge in materia penale, consacrato nell'art. 25 della Costituzione» (sent. n. 86 del 1981), rimanendo la sua applicazione affidata all'arbitrio dell'interprete.

Il principio secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale costituisce un dato costante della giurisprudenza costituzionale: non spetta infatti alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie. Tuttavia, come è stato sottolineato soprattutto nella giurisprudenza più recente, alla Corte rimane il compito di verificare che l'uso della discrezionalità legislativa in materia rispetti il limite della ragionevolezza.

In particolare, con la sentenza n. 408/1989 la Corte ha definitivamente chiarito che «il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3, comma 1, Cost. esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali; ... le valutazioni all'uopo necessarie rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato, sotto il profilo della legittimità costituzionale, soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza» (cfr., nello stesso senso, sentenze Corte costituzionale nn. 343 e 422 del 1993).

La pena di cui all'art. 14, comma 5-ter cit. in relazione ai principi delineati dalla nostra Carta costituzionale, è assolutamente sproporzionata in eccesso: di qui il sospetto di una violazione dell'art. 27, comma terzo Cost., poichè l'irrogazione di pene sproporzionate al grado di effettivo disvalore dei fatti, comprometterebbe la finalità rieducativa della pena.

Il principio di proporzione costituisce per la Corte costituzionale uno dei criteri guida che presiedono allo stesso esercizio della potestà legislativa, vincolando il legislatore nell'attività di predeterminazione del tipo e della misura edittale della pena. In tal senso si esprime anche quella parte della dottrina secondo cui la minaccia di una pena troppo severa corre il rischio di suscitare «sentimenti di insofferenza nel potenziale trasgressore e alterare nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbe riflettersi nel rapporto tra i singoli reati e le sanzioni corrispondenti».

Il giudizio di proporzione tra fatto tipico e sanzione penale viene quindi a costituire «una premessa ineliminabile dell'accettazione psicologica di un trattamento diretto a favorire nel condannato il recupero della capacità di apprezzare i valori tutelati nell'ordinamento» (tale principio di proporzionalità viene quindi a costituire il limite logico-giuridico del potere punitivo dello Stato).

In applicazione di questi principi la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittime, come palesemente irragionevoli, diverse previsioni di sanzioni penali giudicando che la loro manifesta mancanza di proporzionalità rispetto ai fatti-reato si traduceva in arbitrarie e ingiustificate disparità di trattamento, o in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.. In particolare, la sentenza n. 343 del 1993 ha affermato che «la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale» provocata dalla previsione di una sanzione penale manifestamente eccessiva rispetto al disvalore dell'illecito «produce ... una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, comma 3, Cost., che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione».

Relativamente alla violazione dell'art. 13 Cost., la Corte, costituzionale ha affermato in tema di diritti dello straniero sul territorio dello Stato alcuni principi di cui bisogna tener conto.

Al riguardo si fa distinzione tra il diritto dello straniero in ordine alla permanenza nello Stato italiano ed il suo diritto alla libertà personale in senso stretto, quale diritto inviolabile dell'uomo. Quanto al primo profilo, la Corte, costituzionale con la sentenza n. 244 del 1974, ha affermato che «la mancanza nello straniero di un legame

ontologico con la comunità nazionale e, quindi, di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano conduce a negare allo stesso una posizione di libertà in ordine ... alla permanenza nello Stato italiano, dal momento che egli può soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni». La ponderazione degli svariati interessi pubblici che presiedono a tali determinazioni «spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità alla Costituzione, soltanto dal vincolo che le scelte non risultino manifestamente irragionevoli».

Quanto al secondo profilo, la stessa Corte, con la sentenza n. 62 del 1994 (che si rifà a quella testé citata) ha peraltro precisato che «quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo, quale è nel caso la libertà personale, il principio costituzionale di uguaglianza in generale non tollera discriminazioni tra la posizione del cittadino e quello dello straniero».

Il legislatore, infine, con la fattispecie in esame sembra aver trascurato che il reato di cui all'art. 14, comma 5-ter cit., non consente, in virtù della pena edittale (da sei mesi ad un anno di arresto), l'applicazione di misure coercitive e che, pertanto, nell'impossibilità di presentare (da parte del pubblico ministero) richieste in tal senso, lo straniero arrestato deve immediatamente essere liberato ai sensi dell'art. 121 disp.att. c.p.p. (udienza di convalida, quindi, con indagato libero, giudizio direttissimo). In questo caso, l'espulsione verrebbe quasi sicuramente a precludere al soggetto la possibilità di difendersi davanti al giudice e di avanzare richiesta dei c.d. riti alternativi, così subordinando la garanzia di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione alle esigenze poste alla base del provvedimento di espulsione.

Ed infatti la possibilità per lo straniero espulso di rientrare in Italia per partecipare al processo, prevista dall'art. 17, d.lgs. n. 286/1998 diventa, nel caso che ci occupa, inevitabilmente e assolutamente impraticabile.

Per altro verso, questa possibilità si presenta, anche nella generalità dei casi, come del tutto fittizia e illusoria, assolutamente inadeguata a garantire l'esercizio effettivo del diritto di difesa, per di più limitata dall'art. 17 cit. «per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, al solo fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza».

L'illegittimità costituzionale dell'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998.

La previsione di cui all'art. 13, comma 3 d.lgs. n. 286/1998, così come sostituito dalla legge n. 189/2002, dispone che «quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trova in stato di custodia cautelare in carcere, il questore, prima di eseguirne l'espulsione, richiede il nulla osta alla autorità giudiziaria, che può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa.».

Il comma 3-bis a sua volta prevede che «nel caso di arresto in flagranza o di fermo, il giudice rilascia il nulla osta all'atto della convalida, salvo che applichi la misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'art. 391 comma 5, del codice di procedura penale, o che ricorra una delle ragioni per il quale il nullaosta può essere negato ai sensi del comma 3».

Dalla rigorosa applicazione del disposto di cui al comma 3-bis dell'art. 13 del n. 286/1998 consegue l'obbligo, per il giudice che ha convalidato l'arresto, del rilascio del nulla osta al questore affinché venga disposta l'espulsione dell'imputato. Espulsione che, nel caso in esame, consisterà nell'accompagnamento dello straniero alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

L'imputato, dunque, ove venisse rilasciato il nulla osta dovrebbe essere immediatamente espulso con accompagnamento alla frontiera.

L'art. 17 del d.lgs. n. 286/1998, intitolato «diritto di difesa» dispone, a sua volta, che «lo straniero parte offesa ovvero sottoposto a procedimento penale è autorizzato a rientrare in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, al solo fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza. L'autorizzazione è rilasciata dal questore anche per il tramite di una rappresentanza diplomatica o consolare su documentata richiesta della parte offesa o dell'imputato o del difensore».

La disciplina richiamata determina infatti un automatismo nel rilascio del nulla osta, al quale consegue la espulsione immediata dello straniero eseguita dal questore mediante accompagnamento alla frontiera.

Tale disciplina contrasta con la possibilità e il diritto (costituzionalmente garantito) per l'imputato di difendersi, e dunque di fare emergere anche ed eventualmente il proprio diritto ad essere nel territorio dello Stato italiano.

La questione sollevata deve essere ritenuta, pertanto rilevante sia con riferimento all'art. 10 della Costituzione, e dunque in considerazione della condizione giuridica dello straniero (soprattutto ove vengano in rilievo, a seguito della applicazione della normativa censurata, lesioni di diritti e libertà fondamentali democratiche

garantite dalla nostra Costituzione, e ciò nel senso che una immediata espulsione potrebbe portare il soggetto straniero a rientrare in uno Stato dove appunto per la sua condizione personale tali libertà non siano attribuite e garantite), che con riferimento all'art. 24 (correlato per i motivi che seguono all'art. 111 della Costituzione).

Difatti la applicazione rigorosa della disciplina di legge di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998 comporterebbe una sostanziale e concreta lesione del diritto dell'imputato in un procedimento penale, qualunque sia la nazionalità dello stesso, ad una piena difesa *ex art. 24* della Costituzione e ad un giusto processo (con pieno svolgimento delle funzioni connesse alla difesa) *ex art. 111* della Costituzione.

In particolare, quanto all'art. 10, occorre considerare come sebbene sia stata per lungo tempo sostenuta la teoria del dominio riservato dello Stato quanto alla gestione della condizione giuridica dello straniero, tuttavia tale principio abbia subito una costante e progressiva erosione in virtù di interpretazione sopravvenuta secondo la quale lo Stato italiano è tenuto a parificare la condizione giuridica dello straniero a quella dei cittadini tutte le volte che ciò non contrasti con i suoi preminenti interessi.

Tale principio è chiaramente deducibile dalla previsione di cui all'art. 10, comma secondo e comma terzo della Costituzione, che richiama la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e il diritto all'asilo, con l'unico limite rappresentato dalla impossibilità per lo straniero di esercitare diritti e doveri politici, ovvero situazioni giuridiche strettamente connesse alla qualità di cittadino.

Dalla applicazione di tali principi consegue il riconoscimento del diritto dello straniero a soggiornare nello Stato italiano sia alle condizioni ordinarie previste dalla legge (per effetto del rilascio del permesso di soggiorno) che in considerazione del riconoscimento di eventuale diritto di asilo (o diritto al ricongiungimento familiare o altre ipotesi previste dalla legge).

Tali principi interpretativi risultano tra l'altro recepiti nell'ordinamento giuridico italiano anche nella previsione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 286/1998, nonché dall'art. 10 comma 4, d.lgs. n. 286/1998, secondo il quale le norme sul respingimento alle frontiere e sulla espulsione non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero la adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari.

In tal senso si ritiene rilevante la questione di legittimità costituzionale nel senso che occorra verificare la irragionevolezza una disposizione che mediante un automatismo «irrazionale» (Corte cost. 174/1997) impedisce al giudice una verifica del bilanciamento degli interessi coinvolti (ovvero gestione efficace dei flussi di immigrazione clandestina e diritto di difesa e partecipazione dello straniero al processo, anche per fare valere la ricorrenza di diritti tutelati *ex art. 10* della Costituzione).

Inoltre si valuta in senso positivo la fondatezza della questione sollevata poiché l'automatismo previsto appare limitativo e avulso dal contesto dei diritti fondamentali del nostro ordinamento, mentre sembrerebbe opportuno riscontrare la necessità o meno che sia il giudice in sede giurisdizionale, sulla base del suo apprezzamento prudente, a distinguere le diverse condotte da sussumere nella astratta previsione di legge (Corte cost. n. 24/1989), od eventualmente per assicurare in caso di vuoto normativo adeguata tutela dei diritti costituzionali.

In concreto la previsione di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 286/1998 non appare adeguata allo scopo di garantire un pieno diritto di difesa del soggetto straniero oggetto di nuovo provvedimento di espulsione (art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/1998): sembra predisporre una garanzia di difesa meramente formale e non volta a rendere possibile una sostanziale ed effettiva difesa e partecipazione del soggetto straniero imputato al processo.

In tal senso non può non essere rilevato come dalla espulsione con accompagnamento alla frontiera conseguano per lo straniero una serie di effetti onerosissimi e tali da rendere di fatto impossibile la partecipazione dell'imputato al processo e la predisposizione di una valida difesa dello stesso.

Sarà difatti estremamente improbabile che i soggetti arrestati, perché nelle condizioni di cui all'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/1998 come il Sali Habib, riescano ad essere nelle condizioni economiche e materiali necessarie per ottenere il permesso dal questore, mediante rappresentanza diplomatica e consolare e previa adeguata giustificazione, per rientrare in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa (concetto questo quanto mai vago e con ciò suscettibile di interpretazioni varie e in senso restrittivo quanto al rientro) o per gli altri incombeni previsti dalla norma.

L'interprete della norma non può non considerare le condizioni materiali dei soggetti coinvolti e destinatari della disciplina del presente procedimento, e dunque la oggettiva impossibilità degli stessi, una volta espulsi, di trovare adeguata protezione e tutela nel disposto di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 286/2002 contrariamente a quanto previsto per ogni cittadino o straniero comunitario ai sensi dell'art. 24 e 111 della Costituzione. Le previsioni costituzionali citate appunto prevedono per l'imputato la possibilità di essere informato nel più breve tempo possibile della natura e dei motivi della accusa elevata a suo carico, di avere a disposizione tempo e condizioni tali

da rendere possibile una adeguata difesa, di essere interrogato o rendere dichiarazioni al giudice, di interrogare o fare interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di riuscire ad acquisire ogni altro mezzo di prova a suo favore.

Né si può ritenere concretamente realizzabile una tale ipotesi per il tramite di mandato espletato dal difensore (molto spesso nominato d'ufficio ai sensi della legge n. 60/2001), che dovrebbe dunque assumersi l'onere di ricercare il soggetto imputato (nella maggioranza dei casi privo di fissa dimora e di mezzi di sussistenza), di predisporre i contatti tra lo stesso imputato e la rappresentanza consolare o diplomatica, di apportare una adeguata motivazione allo scopo del rientro con conseguenti oneri economici (che poi probabilmente andrebbero a gravare in capo allo Stato ove lo straniero goda dei requisiti per accedere al patrocinio a spese dello Stato *ex* art. 1 comma 6 della legge n. 271/1990 e seguenti modifiche, con ulteriore irragionevolezza evidente quanto all'aumento esponenziale dei costi di un tale procedimento penale).

Ancora occorre evidenziare come la disposizione di cui all'art. 17 si presenti in contrasto, e dunque foriera di equivoci e difficoltà per il destinatario quanto all'esercizio del proprio diritto di difesa, con la previsione di cui all'art. 13 comma 13 come modificato dalla legge n. 189/2002 secondo il quale «lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno».

Emerge dunque una disciplina ambigua o comunque contraddittoria con la conseguenza che lo straniero potrebbe trovarsi a chiedere la autorizzazione al questore e poi essere ritenuto in difetto e dunque passibile di nuova e più grave sanzione per non aver richiesto la autorizzazione anche al Ministro dell'interno.

Una ulteriore previsione di legge vale a rendere non manifestamente infondata a parere di questo giudice la questione sollevata quanto all'automatismo del meccanismo di concessione del nulla osta, dal quale consegue la espulsione con accompagnamento alla frontiera.

L'art. 13, comma 3-*quarter* prevede infatti che «nei casi previsti dai commi 3, 3-*bis* (caso in esame) e 3-*ter*, il giudice, acquisita la prova della avvenuta espulsione, se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, pronuncia sentenza di non luogo a procedere».

La norma sembra quasi prevedere un obbligo per il giudice e per il pubblico ministero di bloccare l'esercizio della azione penale ove sia stata effettivamente eseguita la espulsione, e dunque una impossibilità per lo straniero arrestato di accedere ad un giusto processo quanto ai fatti contestati con chiara violazione dell'art. 111 della Costituzione, dell'art. 24 Costituzione quanto al diritto di difesa, ed ancora dell'art. 3 della Costituzione in relazione al disposto di cui agli art 5, comma 4 e 6 della legge n. 848/1955 (ratifica della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), che appunto prevedono il diritto per ogni persona privata della propria libertà con un arresto a presentare un ricorso davanti ad un tribunale affinché decida sulla legittimità della sua detenzione, ed ancora il diritto a che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente e in un tempo ragionevole da parte di un tribunale indipendente e imparziale costituito dalla legge quanto al fondamento di ogni accusa penale.

In sostanza la previsione predetta sembra superare tali principi giungendo tra l'altro a configurare anche una ipotesi di contrarietà alla previsione di cui all'art. 13 della Costituzione ipotizzando un caso di restrizione della libertà personale (arresto obbligatorio) che non trova il suo naturale sbocco nel vaglio giurisdizionale e nell'esercizio della azione penale, che viene invece sostituita da una pronuncia di non luogo a procedere conseguente alla avvenuta esecuzione della espulsione che consegue dal rilascio, obbligatorio e sostanzialmente automatico, del nulla osta da parte della autorità giudiziaria.

La norma predetta poi rivela la sua irragionevolezza e incongruenza, con conseguenti difficoltà applicative e lesione del diritto di difesa, anche in relazione al disposto dell'art. 14 come modificato comma 5-*quinqüies* del d.lgs. n. 286/1998, il quale prevede che «per i reati previsti ai commi 5-*ter* e 5-*quater* è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto e si procede con rito direttissimo. Al fine di assicurare l'espulsione il questore può disporre i provvedimenti di cui al comma 1 del presente articolo».

La scelta del legislatore con la quale si impone la adozione di un anomalo rito direttissimo «obbligatorio» si presenta in contrasto non solo con il principio di uguaglianza come sopra richiamato, ma anche con il diritto di difesa.

La previsione predetta infatti non consente in concreto da una parte l'esercizio della azione penale secondo i canoni ordinamentali generali (il pubblico ministero *ex* art. 449 c.p.p. «se ritiene di dover procedere» può presentare direttamente l'imputato in stato di arresto davanti al giudice del dibattimento, cosa che potrebbe anche non

accadere ove, acquisite le necessarie informazioni, sentiti i soggetti coinvolti, si renda conto che ricorrono circostanze concrete che possano in effetti far ritenere giustificata la presenza sul territorio dello Stato del soggetto arrestato straniero), e dall'altra un pieno esercizio del diritto di difesa con la conseguente possibilità di svolgere quelle indagini difensive (che trovano poi il loro referente e fondamento normativo nell'art. 111 della Costituzione) che potrebbero condurre la autorità giudiziaria a riscontrare la presenza di una serie di cause giustificative quanto alla imputazione contestata. Quanto osservato evidenzia come la disciplina richiamata si presenti lesiva delle garanzie fondamentali dell'imputato per come sancite dalla Costituzione, situazione certamente aggravata dall'automatismo del meccanismo di concessione del nulla osta conseguente espulsione dell'imputato.

Ed ancora e a conforto di quanto sopra esposto occorre rilevare come la disciplina di cui all'art. 13, comma 3-*quater* non appare coordinata con quanto previsto dall'art 14, comma 3-*quinqüies* in ordine alla eventuale necessità di pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio.

Appare infatti fuorviante, e certamente crea incertezza, la coesistenza tra questa previsione e la disciplina appena richiamata di rito obbligatorio direttissimo, con la conseguenza che il soggetto straniero imputato ed arrestato si trova a confronto con norme contraddittorie che rallentano la possibilità di un effettivo esercizio del diritto di difesa per come costituzionalmente garantito.

In tal senso e concludendo non può in generale non essere richiamata da questo giudice la irragionevolezza della norma presupposto della disciplina oggetto di questione di legittimità costituzionale; infatti la concessione del predetto nulla osta, in sostanza automatica, consegue alla previsione di una ipotesi di arresto obbligatorio per un reato contravvenzionale (art. 14, comma 5-*ter*) al quale non potrà mai conseguire alcuna misura cautelare per come previsto dal nostro ordinamento, con l'effetto che l'espulsione dello straniero è una conseguenza necessaria del rilascio sostanzialmente dovuto da parte del giudice del nulla osta con evidente impossibilità per l'imputato di difendersi adeguatamente.

In concreto a fronte di una previsione quanto mai anomala che dispone (contrariamente a quanto in generale previsto nel nostro ordinamento) un arresto obbligatorio per un reato contravvenzionale solo perché reato «proprio» dello straniero, il soggetto arrestato avrebbe avuto maggiori possibilità di difesa ove fosse stata prevista anche la applicazione di una misura cautelare piuttosto che con l'espulsione immediata con accompagnamento alla frontiera.

Ad ulteriore conforto della rilevanza e non manifesta infondatezza della questione occorre poi ricordare come secondo il disposto di cui all'art. 13, comma 3, d.lgs. come modificato dalla legge n. 189/2002 «il nullaosta si intende concesso qualora l'autorità giudiziaria non provveda entro quindici giorni dalla data del ricevimento della richiesta» (e conseguentemente dalla data dell'arresto per interpretazione analogica e secondo criteri generali della norma).

Quanto alle finalità della normativa citata, e dunque alla efficace realizzazione dell'allontanamento dei soggetti sottoposti a provvedimento di espulsione, si deve osservare come appare suscettibile di considerazione una normativa con la quale nuove ipotesi di reato a carico degli stranieri vengono ipotizzate senza però apprestare quelle forme minima di tutela e garanzie di difesa che il nostro ordinamento attribuisce ad ogni soggetto sottoposto a procedimento penale.

E dunque si pone il problema di una composizione di interessi e finalità ordinamentali sancite sia nella legge che nei principi costituzionali, e relativi da una parte alla concreta ed efficace gestione dei flussi di immigrazione clandestina e dall'altra alla tutela dell'imputato a partecipare al proprio processo e a predisporre una adeguata difesa.

Tale finalità sarebbe ovviamente frustrata a causa dell'automatismo del meccanismo di concessione del nullaosta previsto e oggetto della odierna censura, considerato altresì che al giudice penale adito con rito direttissimo obbligatorio non è presentata la documentazione relativa al provvedimento di espulsione e di tutti gli atti del procedimento relativo, con la conseguente e oggettiva impossibilità di valutarne la legittimità e di rendere possibile al riguardo l'esercizio un completo diritto di difesa.

Da ciò consegue che l'accertamento del giudice designato si risolverebbe nel mero riscontro della ricorrenza di un provvedimento di espulsione e nella impossibilità di vagliare, quale conseguenza dell'esercizio del diritto di difesa, la esistenza di eventuali elementi e cause di giustificazione quanto alle nuove ipotesi di reato introdotte, con emissione obbligatoria del nulla osta e conseguente espulsione dello straniero arrestato.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost. e 23 legge n. 87/1953;

Dichiara, rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinques del d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/2002, laddove prevede l'arresto obbligatorio dell'indagato con riferimento al reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, per violazione degli artt. 3 e 13 comma terzo della Costituzione;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-ter legge n. 189/2002, per irragionevolezza della sanzione e per indeterminatezza della condotta in violazione degli articoli 25 (principio di tassatività), 3 (principio di ragionevolezza), 27 (funzione rieducativa della pena), 13 (libertà personale) e 24 (diritto di difesa) della Costituzione.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, legge n. 286/1998 comma 3-bis così come modificato dalla legge n. 189/2002, laddove prevede il nulla osta del giudice all'espulsione per violazione degli artt. 3, 10, 24, 111 della Costituzione;

Dispone la sospensione del procedimento e la immediata trasmissione degli atti del presente procedimento alla Corte costituzionale;

Dispone la sospensione di ogni effetto e conseguenza allo stato legato alla emissione del nulla osta nei confronti dell'imputato e dispone che del presente disposto venga data immediata comunicazione alla Questura territorialmente competente;

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata all'imputato, al difensore e al pubblico ministero, e che venga altresì comunicata al Presidente della Camera dei deputati e al Presidente del Senato della Repubblica.

Monza, addì 23 gennaio 2003

Il giudice: LO GATTO

03C0903

N. 599

Ordinanza del 26 marzo 2003 emessa dal Tribunale di sorveglianza di Napoli su reclamo proposto da Sutera Leo

Ordinamento penitenziario - Regime carcerario differenziato - Provvedimenti ministeriali di proroga - Condizione: insussistenza della capacità del detenuto o dell'interessato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive - Violazione del principio di uguaglianza (per la configurazione di una specifica tipologia di detenuto basata sulla presunta pericolosità dello stesso) - Carenza dei presupposti di emergenza ed eccezionalità per l'adozione di tali provvedimenti - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Lesione del principio della necessità della motivazione congrua del provvedimento.

- Legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-bis, comma 2-bis, come novellato dall'art. 2 della legge 23 dicembre 2002, n. 279.
- Costituzione, artt. 3, 13, 24, 27, 97 e 113.

IL TRIBUNALE

L'anno 2003 giorno 17 del mese di marzo in Napoli si è riunito in Camera di Consiglio, con la partecipazione dei dott. Renato De Lucia sost. procuratore generale presso la Corte d'appello di Napoli e con la presenza dell'assistente giudiziario, per deliberare sulla domanda di Sutera Leo, nato a Sambuca di Sicilia il 18 gennaio 1950, detenuto presso l'Istituto C.P.S. Napoli.

Oggetto: art. 41-bis e 14-ter l.p.

Sentito il parere conforme del p.g.;

Letti gli atti;

Considerato che il prevenuto proponeva reclamo avverso il decreto ministeriale di sottoposizione all'art. 41-*bis* l.p. del 28 dicembre 2002 con efficacia di un anno, notificato in data 30 dicembre 2002, chiedendo la integrale disapplicazione dello stesso, secondo le motivazioni meglio specificate in memoria, ovvero in via subordinata, la disapplicazione di alcune delle disposizioni in esso contenute;

Premesso che Sutura Leo risulta in atti sottoposto alla custodia cautelare in carcere emessa dal Tribunale di Palermo del 6 agosto 2002, in attesa di primo giudizio per il reato *ex art.* 416-*bis* c.p. (commesso dal 1990 al 2002);

Preso atto che il detenuto risulta sottoposto al regime differenziato *ex art.* 41-*bis* l.p. dal 2002;

Rilevato che il tribunale propone di sollevare *ex officio* l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 41-*bis* l.p., così come modificato dalla legge n. 279/2002, risoluzione su cui convergono la richiesta del p.g. di udienza nonché le istanze difensive, come da verbale di udienza in atti;

O S S E R V A

La Corte costituzionale ha ribadito con ripetute pronunzie, sentenze n. 349 e 410 del 1993, n. 351 del 1995, ord. n. 332 del 1994, sent. n. 376 del 1997, la sindacabilità ad opera del giudice ordinario, nella specie il tribunale di sorveglianza, del provvedimento ministeriale di applicazione dell'art. 41-*bis*; comma 2, sia sotto il profilo della esistenza dei presupposti per tale applicazione e della congruità della relativa motivazione, sia sotto il profilo del rispetto dei limiti del potere ministeriale, tanto quelli «esterni», collegati al divieto di incidere sul residuo di libertà personale spettante al detenuto, e dunque pure sugli aspetti dell'esecuzione che toccano la qualità e la quantità della pena da scontare o i presupposti per l'applicazione delle misure alternative, tanto quelli «interni», discendenti dal necessario collegamento funzionale tra le restrizioni — imposte e le finalità di tutela dell'ordine e della sicurezza, cui devono essere rivolti i provvedimenti applicativi del regime differenziato, nonché dal divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e dall'obbligo di non vanificare la finalità rieducativa della pena.

La medesima Corte ha altrettanto specificatamente confermato che l'art. 41-*bis*, l.p., non è costituzionalmente illegittimo, sempre che venga interpretato nei sensi dalla stessa Corte, precisati.

Precisa la Corte costituzionale, sentenza n. 349/1993, che «... le medesime ragioni che consentono di escludere la illegittimità costituzionale della norma in esame, delimitandone l'ambito applicativo ed integrandone il portato con il richiamo a principi generali dell'ordinamento, conducono anche alla conclusione che taluni dei rilievi espressi dai giudici remittenti, pur se rivolti avverso la citata disposizione dell'art. 41-*bis*, non trovano la loro causa nella norma di legge, bensì nel, solo provvedimento ministeriale di applicazione».

La Corte, nella sentenza n. 376/1997, puntualizza che la riaffermazione degli accennati limiti «esterni» ed «interni» al potere ministeriale consente di superare le censure prospettate, dando per pacifico che le misure adottate non possono consistere in restrizioni della libertà personale ulteriori rispetto a quelle che sono già insite nel sistema detentivo e dunque esulanti dalla competenza della amministrazione penitenziaria in ordine alla esecuzione della pena, non potendo il regime differenziato tradursi in misure diverse da quelle riconducibili con rapporto di congruità alle finalità di ordine e sicurezza proprie. del decreto ministeriale, e per la stesse non possono, comunque, violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità né vanificare la funzione rieducativa della pena.

Nell'ambito dei limiti imposti alla applicazione del regime differenziato, la Corte ha più volte sottolineato che la genericità della disposizione normativa, nel riferimento a «motivi» ed «esigenze» di ordine e sicurezza pubblica, va interpretata nel doveroso rispetto del vincolo costituzionale quale volta a far fronte a specifiche esigenze di ordine e di sicurezza essenzialmente discendenti dalla necessità di impedire collegamenti tra detenuti appartenenti ad organizzazioni criminali, nonché tra questi e gli appartenenti alle organizzazioni criminali in stati di libertà, collegamenti che potrebbero realizzarsi attraverso le opportunità di contatti che l'ordinario regime carcerario consente.

Di guisa che i provvedimenti applicativi dell'art. 41-*bis* devono essere in primo luogo concretamente giustificati in relazione alle predette esigenze di ordine e di sicurezza. Ed ancora, è valido ribadire che il regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo del reato oggetto della condanna, ma sull'effettivo pericolo di permanenza dei collegamenti, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono soltanto una logica premessa; così come le restrizioni apportate non possono essere liberamente determinate, ma debbono essere — sempre nel limite del divieto di incidere sulla quantità e sulla qualità della pena e di trattamenti contrari al senso di umanità — solo quelle congrue con le specifiche finalità di ordine e di sicurezza.

Ed ancora la Corte, sentenza n. 376/1997, «La mancanza nell'art. 41-*bis*, di indicazioni in ordine alla durata temporale delle restrizioni, non significa che limiti temporali non debbano essere posti, come in effetti lo sono, dai provvedimenti ministeriali di applicazione».

«È poiché, ..., ogni provvedimento deve, essere adeguatamente motivato anche ogni provvedimento di proroga delle misure dovrà recare una autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire; non possono ammettersi semplici proroghe immotivate del regime differenziato, né motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte».

Fatte queste necessarie premesse costituzionali, rileggiamo il quadro normativo attuale.

La legge n. 279/2002 detta la nuova normativa penitenziaria — «Modifica degli articoli 4-*bis* e 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, in materia di trattamento penitenziario».

La novella riscrive gli articoli 4-*bis* e 41-*bis* l.p., nel tentativo di ristrutturare complessivamente l'istituto del regime di massima sicurezza sulla scorta della esperienza finora maturata e nel rispetto dei limiti individuati dalle decisioni della Corte costituzionale.

La necessità dell'intervento, si legge nella relazione al disegno di legge n. 1478 presentato dal Ministro della giustizia, trae origine dalla duplice esigenza di dare contenuto ai vincoli e limitazioni che ne costituiscono la sostanza e, dall'altro, di determinare con esattezza una sistema di regole di impugnazione per individuare con certezza i soggetti legittimati e ricorrere, l'autorità competente a decidere e i poteri che la stessa può esercitare al provvedimento impugnato.

L'esigenza di una valutazione sulla base di dati raccolti da una esperienza di lungo periodo, che consenta costanza ed efficacia degli interventi giustifica la definitività e stabilizzazione della disciplina di cui all'art. 41-*bis* l.p., ritenuta più garantista delle ripetute proroghe a distanza di un decennio dalla sua introduzione e costituisce la risposta ferma dello Stato alla pericolosità criminale di organizzazioni, che agiscono con sistemi ormai raffinati e con azioni sempre più determinate e violente, che continuano spesso a trovare nel carcere il luogo della loro programmazione.

Finalità più che condivisibili, come quella pur esternata, di non trasformare il carcere duro in una afflizione supplementare, obiettivi che difficilmente possono dare origine a dichiarazioni di inaccettabilità.

La stabilizzazione della previsione dell'istituto del regime di massima sicurezza in sostituzione delle continue proroghe non sembra in verità dover agitare più di tanto o dove convogliare discussione e concitazione, come pur accaduto negli ultimi tempi.

Si tratta, in punto di diritto, di un falso problema legato ad una non attenta interpretazione normativa, dal momento che la «anomalia», se tale può definirsi, andava ritrovata nella temporaneità della disposizione e non nella sua definitività, apparendo quanto meno poco opportuno, se non proprio controproducente, la effettività di una norma «a tempo», sia per la sua perdita di efficacia intimidatoria, sia per la implicita apertura a spazi di programmazione calcolata.

Ossia, la stabilizzazione in quanto tale non ingenera alcun problema giuridico e, oggettivamente, neppure socio-politico-culturale, atteso che comunque l'inserimento della disposizione dell'art. 41-*bis* nel quadro strutturale ordinario dell'ordinamento penitenziario non sta a significare che necessariamente, sempre e comunque, il decreto di applicazione debba essere emesso.

La messa a regime non impone le emanazione del decreto ministeriale, quello si necessariamente temporaneo.

La definitività crea certezza di diritto, ed è sempre preferibile alla precarietà o emergenzialità, e integra comunque una qualificazione della norma, che è cosa ben diversa dalla sua capacità applicativa, che, in quanto subordinata alla necessità della verifica di determinati presupposti di legge, è vincolata al rispetto dei parametri costituzionali.

Vale a dire che ciò che rileva non è la disposizione normativa in quanto tale, trattandosi di norma dichiarativa e non impositiva, bensì il provvedimento ministeriale di applicazione *ad personam*, quello si direttamente incidente sulla libertà personale del detenuto.

In ottica pedissequamente costituzionalistica sono stati ridisegnati i presupposti applicativi del regime speciale, limitandone gli spazi di riferibilità ad una rosa ristretta di destinatari, individuati nei «detenuti o internati per uno dei delitti di cui al primo periodo del presente comma ...» laddove la dizione precedente prevedeva la applicabilità ai detenuti «per delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-bis».

Congrua la nuova delimitazione della applicabilità ai condannati per i delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis, pur sempre ristretta rispetto alla previsione precedente, e relativa da una serie di delitti, che il legislatore ritiene in questo particolare momento storico di massimo allarme sociale.

Va apprezzata modifica dell'intero primo comma dell'art. 4-bis, nello sforzo di registrazione dei molteplici interventi costituzionali, che nel corso degli anni avevano completamente trasfigurato il dettato normativo originario.

Risponde, altresì alla medesima esigenza di puntualizzazione la autolimitazione, inserita nel nuovo comma 2 dell'art. 41-bis, laddove si precisa che il regime differenziato si applica nei confronti dei condannati ... «in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva ...».

Il novellato 41-bis della nuova legge, n. 229/2002 al comma 2-bis recita: «i provvedimenti medesimi hanno durata non inferiore ad un anno e non superiore a due e sono prorogabili nelle stesse forme per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno, purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'intervento di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno».

L'espressione non è delle più felici e riporta a pregresse considerazioni di dubbia costituzionalità.

Già la Corte costituzionale nella ormai citatissima sentenza n. 376/1997 ribadiva che proprio in forza del vincolo costituzionale era possibile una interpretazione della norma più restrittiva, richiamando sentenze precedenti ed in particolare la n. 349/1993 e la n. 351/1996, superando quel riferimento a generici «motivi» ed «esigenze».

Il regime differenziato è introdotto nel sistema penitenziario per «far fronte a specifiche esigenze di ordine e sicurezza, essenzialmente discendenti dalla necessità di prevenire ed impedire i collegamenti fra detenuti appartenenti ad organizzazioni criminali, nonché fra questi e gli appartenenti a tali organizzazioni ancora in libertà; collegamenti che potrebbero realizzarsi — come l'esperienza dimostra — attraverso l'utilizzo delle opportunità di contatti che l'ordinario regime carcerario consente e in certa misura favorisce (l'obiettivo del reinserimento sociale attraverso contatti con l'ambiente esterno)».

In particolare, continua la Corte ...«i provvedimenti applicativi dell'art. 41-bis l.p. devono in primo luogo essere concretamente giustificati in relazione alle predette esigenze di ordine e sicurezza» di guisa che «il regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo del reato oggetto della condanna o dell'imputazione, ma sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamenti, di cui i fatti di reato contestati costituiscono solo una logica premessa».

Orbene nel nuovo testo di legge deve operarsi una distinzione netta tra il comma n. 2 e il comma n. 2-bis dell'art. 41-bis.

Nel comma 2 si legge: ... nei confronti dei detenuti, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva».

Nel comma 2-bis, nella previsione della possibilità di proroga del regime differenziato nelle stesse forme per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno, si precisa ... «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno».

L'espressione sembra contrastare con l'art. 3, primo comma, della Costituzione nel momento in cui tende alla individuazione di una specifica tipologia di detenuto, imputati e condannati, predeterminati per dettato normativo, suscettibili di sottoposizione ad un regime di esecuzione della pena diverso da quello disposto per la criminalità ordinaria, fondato in esclusiva sulla presunta esistenza di una capacità di mantenere contatti con associazioni criminali.

Ed ancora con gli artt. 13, 2 comma, 27, 2 e 3 comma della Costituzione, in quanto la proroga ripetuta e, di fatto, immotivata del decreto esula dai caratteri di urgenza, necessità e umanità costituzionalmente rilevanti, e implica in realtà l'adozione di trattamenti penali contrari al senso di umanità, non ispirati a finalità rieducativi ed, in particolare, non individualizzati, ma rivolti a condannati selezionati solo in base al titolo di reato, ponendo sostanzialmente nel nulla un eventuale possibile iter rieducativo.

Il pregiudizio interpretativo sulla sussistenza della «capacità del detenuto di mantenere contatti con associazioni criminali», comporta che, mancando l'accertamento aggiornato sulla continuità e attualità di tale capacità, non esisterebbe una sede nella quale possa manifestarsi il venir meno di tale capacità di contatto.

Di guisa che il convincimento che per quella determinata tipologia di detenuto l'esecuzione della pena debba rispondere alla esigenza di prevenzione della sicurezza sociale, prima che alla finalità rieducativi del reo, e quindi rispondere essenzialmente alla funzione di contenimento prima che di rieducazione, contrasta con l'art. 27, terzo comma della Costituzione, che impone di attuare o almeno proporre l'osservazione e il trattamento anche nei confronti di soggetti gravemente compromessi con la criminalità e di realizzare la conoscenza individualizzata di tali soggetti.

Ed ancora il diritto alla difesa tutelato dall'art. 24 della Costituzione, laddove introduce la previsione della prova negativa del venir meno della capacità di mantenere contatti con le organizzazioni criminali.

In caso di proroga, così come dal dettato del comma 2-bis del nuovo art. 41-bis, la impossibilità soggettiva e oggettiva della prova negativa sul venir meno della capacità di mantenere contatti da parte del detenuto, integra una ipotesi di intervento amministrativo apodittico, del tutto indipendente da situazioni accertate di emergenza ed eccezionalità, dettagliatamente motivate secondo una verifica costante degli sviluppi della situazione, in contrasto, altresì, con gli artt. 97, primo comma e 113 primo e secondo comma, laddove la carenza di una esauriente motivazione del provvedimento applicativo del più rigoroso regime penitenziario non consente al destinatario la possibilità di tutelare in modo adeguato i suoi diritti in sede giurisdizionale.

In verità c'è da precisare che la Corte costituzionale ha già risposto in parte a tale eccezione di incostituzionalità, laddove nella sentenza n. 376/1997 precisava che «la riaffermazione degli accennati limiti “esterni” ed “interni” al potere ministeriale consente di superare altresì le censure di violazione dell'art. 13, secondo comma, della Costituzione, poiché le misure adottate non possono consistere in restrizioni della libertà personale ulteriori rispetto a quelle che sono già insite nello stato di detenzione, e dunque esulanti dalla competenza dell'amministrazione penitenziaria in ordine alla esecuzione della pena; dell'art. 3, primo comma, Cost., poiché il regime differenziato non può constare di misure diverse da quelle riconducibili con rapporto di congruità alle finalità di ordine pubblico e sicurezza proprie del provvedimento ministeriale; dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione, poiché le misure disposte non possono comunque violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità né vanificare la finalità rieducativa della pena».

Ed ancora la Corte nella medesima sentenza n. 376/1997: «Di conseguenza, da un lato, il differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo del reato oggetto della condanna o dell'imputazione, ma sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamenti, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo una logica premessa.

Non vi è dunque una categoria di detenuti, individuati a priori in base al titolo del reato, sottoposti ad un regime differenziato, ma solo singoli detenuti o imputati per delitti di criminalità organizzata, che l'amministrazione ritenga, motivatamente e sotto il controllo di tribunali di sorveglianza, in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni alle organizzazioni criminali e alle loro attività».

È poiché — come questa Corte ha già chiarito (sentenza n. 349/1993) — ogni provvedimento deve essere adeguatamente motivato, anche ogni provvedimento di proroga deve essere adeguatamente motivato in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine pubblico e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire non possono ammettersi semplici proroghe immotivate del regime differenziato, né motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giudicare in termini di attualità le misure disposte».

Orbene il nuovo testo dell'art. 41-bis comma 2-bis ripropone il problema che la Corte aveva in parte superato, reintroducendo nel sistema la prova negativa sul venir meno di quella capacità del detenuto di mantenere contatti con associazioni criminali, capacità che continua ad esistere nel convincimento dell'amministrazione, e che si presume strettamente correlata alla particolare tipologia di detenuto e di reato commesso.

Ritorna la individuazione dei destinatari dei provvedimenti restrittivi, *ex art. 41-bis*, operata sulla base del titolo del reato, che comporta la presunzione della esistenza della capacità di tenere contatti con associazioni criminali, anche dall'interno dell'istituto carcerario.

Precisava la Corte nella sentenza n. 349/1993. «Deve ritenersi implicito, anche in assenza di una espressa previsione della norma, che i provvedimenti ministeriali debbano comunque recare una puntuale motivazione per ciascuno dei detenuti cui sono rivolti (in modo da consentire poi all'interessato una effettiva tutela giurisdizionale), che non possano disporre trattamenti contrari al senso di umanità, e, infine, che debbano comunque recare una puntuale motivazione per ciascuno dei detenuti cui sono rivolti (in modo da consentire poi all'interessato una effettiva tutela giurisdizionale), che non possano disporre trattamenti contrari al senso di umanità, e, infine che debbano dar conto dei motivi di una eventuale deroga del trattamento rispetto alle finalità rieducative della pena».

Trattasi di una esperienza legislativa già vissuta e superata, attraverso interventi giurisdizionali di denunce di incostituzionalità, che anche senza confluire in una dichiarazione di illegittimità costituzionale, hanno avuto il merito di influenzare le successive novelle legislative.

Sul punto, in particolare, ricordiamo la primaria dizione dell'art. 4-*bis* così come introdotto dalla legge n. 203/1991, nella parte in cui prevedeva che le istanze di misure alternative dei condannati per determinati gravi delitti potessero trovare accoglimento solo fossero stati acquisiti elementi tali da far escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

La eccezione di incostituzionalità venne sollevata sulla base della esistenza di un verosimile contrasto con l'art. 24 della Costituzione, per impossibilità della difesa di dare la prova negativa della esclusione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

La successiva legge n.356/1992 interviene a far luce sul dubbio dettato normativo, determinando quella che ancora oggi è la disposizione vigente, ossia che «... i benefici suddetti possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva».

Resta da precisare che al di là della contiguità interpretative, comunque le due posizioni esaminate, *ex artt. 4-bis* e *41-bis* l.p., si fondano su presupposti logistici e procedurali differenti.

Nell'ipotesi richiamata, di cui all'art. 4-*bis* siamo in sede di procedimento giurisdizionale dinanzi all'autorità giudiziaria e quindi la formazione della prova risponde ai canoni procedurali propri del procedimento penale, quand'anche in sede di procedimento in camera di consiglio, ai sensi degli artt. 127, 666 e 678 c.p.p..

Nel caso in oggetto, invece, l'esame riflette l'emanazione di un provvedimento amministrativo, il decreto ministeriale emesso ai sensi dell'art. 41-*bis* l.p., che deve rispondere a precisi e puntuali requisiti di logicità, ragionevolezza e costituzionalità, tali da superare il vaglio di legittimità in sede di ricorso giurisdizionale presentato dal detenuto interessato innanzi il tribunale di sorveglianza competente.

Il provvedimento ministeriale di applicazione del regime differenziato *ex art. 41-bis* deve essere motivato, lo ha ribadito più volte la Corte costituzionale, così come adeguatamente e opportunamente motivati devono essere anche i provvedimenti di proroga del regime differenziato *ex art. 41-bis* l.p.

Evidentemente l'amministrazione ha le sue fonti di conoscenza, tra le quali il legislatore del 2002 ha voluto inserire anche il pubblico ministero presso il giudice che procede, come dal dettato del comma 2-*bis* dell'art. 41-*bis*.

Evidentemente le motivazioni riportate nei decreti ministeriali si fondano sulle informazioni fornite da tali fonti di conoscenza, e traggono elementi di valutazione negativa della pericolosità del detenuto da quelle medesime fonti.

Rebus sic stantibus appare inverosimile che le stesse fonti di prova che forniscono gli «elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale ...» di cui al punto 2 dell'art. 41-*bis*, quegli elementi necessari alla primaria emissione del provvedimento, possano, in sede di proroga del provvedimento *ex art. 41-bis* l.p., fornire elementi da cui risulti che ... «capacità del detenuto di mantenere contatti con associazioni criminali sia venuta meno».

Nella fase di formazione e promanazione del provvedimento restrittivo, ancora non è presente la parte interessata che compare solo in sede di ricorso al tribunale di sorveglianza, e solo allora potrà far valere il proprio diritto di difesa e la sua prova processuale.

Nella fase strettamente amministrativa, l'unico limite all'attività amministrativa è proprio quella esigenza costituzionale più volte richiamata dalla Corte sulla necessità della motivazione del provvedimento, motivazione congrua e non apparente, in rispondenza alle esigenze costituzionali salvaguardate dagli artt. 97 e 113 della Costituzione, che nel caso di specie si integrano direttamente con le tutele costituzionali di cui agli artt. 3, 24 e 27 della Costituzione, laddove a fronte del potere dell'amministrazione, fondato sulle ragioni di sicurezza inerenti la vita carceraria, e pur non opponendovisi un diritto di libertà personale, già compreso dallo stato di detenzione, stanno in ogni caso precisi ed inviolabili diritti della personalità spettanti al detenuto; e le misure di attuazione del regime carcerario devono essere in ogni caso rispettose dei diritti del detenuto.

Paradossalmente, il nuovo dettato legislativo finisce per l'instaurare un sistema diabolico, in base al quale l'applicazione del regime differenziato finisce con l'essere prorogabile anche a mezzo un decreto ministeriale privo della parte documentale, relativa alla motivazione sulla sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, atteso che per la proroga, il dettato legislativo non prescrive idonea motivazione, in positivo, comprovante l'esistenza di una realtà, certa, concreta ed essenziale ai fini dell'emissione del provvedimento.

L'espressione normativa è fin troppo puntuale, laddove prescrive che i provvedimenti sono prorogabili nelle stesse forme per periodi successivi ..., purchè non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali sia venuta meno.

Viene cristallizzata la proroga ripetuta e immotivata del decreto, di fatto scardinata dalla necessità di idonea e opportuna motivazione, stante la materiale nonché giuridica impossibilità di fornire la prova del «venir meno» della capacità di mantenere contatti con associazioni criminali.

Fino alla vigenza del precedente dettato normativo, in sede di giudizio di legittimità del provvedimento ministeriale innanzi il tribunale di sorveglianza, venivano presi in considerazioni assoluta tutti gli elementi di novità, di attualizzazione della pericolosità del detenuto che nel decreto ministeriale venivano evidenziati come supporto giuridico della proroga del regime differenziato.

Paradossalmente, nei nuovi giudizi di legittimità innanzi questo giudice, in sede di proroga del regime *ex art. 41-bis* l.p., si dovrà e si potrà soprassedere da qualunque valutazione inerente la nuova e aggiornata motivazione, atteso che la norma stessa non ne fa più richiesta.

La novella disposizione introduce un regime differenziato che, in sede di proroga, opera indipendentemente e al di là di situazioni di eccezionalità o emergenza, né risulta ancorato ad atteggiamenti particolarmente significativi del detenuto, comunque riconducibili alla sua pericolosità sociale, alla sua capacità a delinquere, alla condotta intramuraria ovvero ai suoi rapporti con il mondo esterno.

Ritorna attraverso il dettato normativo la tipizzazione del detenuto, «speciale», in quanto imputato o condannato per uno o più reati indicati nell'art. 4-*bis* l.p., tipizzazione che, al limite, potrebbe trovare una sua «ratio» nella particolare pericolosità sociale dimostrata da taluni soggetti, refrattari a qualsiasi trattamento rieducativo, e così spiccatamente pericolosi da rendere indispensabile l'adozione di un regime carcerario differenziato nei loro confronti, ma che in quanto tale, però, trova spazio e ragione giuridica solo se ancorata a precisi e predeterminati parametri di eccezionalità, oggettiva e soggettiva, comunque riversati in una severa e dettagliata motivazione sulla verifica costante e continua della sussistenza della pericolosità del soggetto.

Ritorna quel concetto di pericolosità sociale presunta che il legislatore aveva voluto allontanare dal quadro giudiziario con la introduzione nell'ambito dell'ordinamento penitenziario dell'art. 31 della legge n. 663/1986, nella parte in cui richiedeva prima della esecuzione di una misura di sicurezza la pronuncia del giudice di sorveglianza sull'accertamento dell'attualità della pericolosità sociale.

Né la riconosciuta possibilità di impugnazione del decreto dinanzi al giudice ordinario, nel rispetto dell'art. 113, primo comma, Costituzione, è sufficiente a colmare il disagio legislativo.

La situazione creata dalla proroga immotivata del regime differenziato, infatti, non può non creare seri ostacoli a quel diritto di difesa, sancito come «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» dall'art. 24 Costituzione.

Difesa che, né in diritto né in fatto, trova possibilità di esplicazione di fronte al ripetersi monotono e immotivato di contestazioni consolidate nella loro storicità, di fronte a decreti ministeriali in cui l'unico elemento innovativo risulta essere l'adeguamento alle ultime novelle legislative.

Da ciò, la conclusione che le limitazioni imposte alla libertà personale «residua», conseguente alla già vissuta reclusione, derivino esclusivamente e direttamente dalla necessità di evitare che le opportunità trattamentali e gli altri istituti previsti dall'ordinamento penitenziario possano essere utilizzati per il mantenimento di rapporti con l'esterno e per la comunicazione di notizie e messaggi.

Pertanto la lettera del nuovo art. 41-*bis* l.p., così come novellato dalla legge n.279/2002, appare chiaramente in contrasto con molti dei principi richiamati ripetutamente dalla Corte costituzionale, sia in ordine all'attualità delle circostanze che inducono alla emissione del decreto ministeriale sia in ordine alle motivazioni che accompagnano l'emissione stessa.

Nel caso di specie, atteso che Sutura Leo risulta essere sottoposto al regime differenziato ai sensi dell'art. 41-*bis* dal 2002, appare quanto meno pretestuoso leggere che le limitazioni imposte sono dettate dalla necessità di evitare l'utilizzazione degli istituti trattamentali per mantenere rapporti con l'esterno, laddove contemporaneamente si contesta la sussistenza e l'attualità dei collegamenti con l'esterno e con gruppi malavitosi, nonostante il regime differenziato.

Delle due l'una: o non è ipotizzabile il collegamento o la sottoposizione al regime *ex* art. 41-*bis* l.p. non sortisce gli effetti desiderati.

Sul punto, così come sugli altri richiamati, la motivazione del decreto impugnato è del tutto inesistente, mentre invece, rileva l'indebolimento progressivo delle circostanze poste a sostegno degli ultimi decreti di proroga del regime restrittivo.

Per questi motivi l'art. 41-*bis*, comma 2-*bis* come novellati dalla legge n. 279/2002, appare in contrasto con gli artt. 3, 1 comma, 13, 1 e 2 comma, 24, 2 comma, 27, 3 comma, 97, 1 comma e 113, 1 e 2 comma, Costituzione.

Sentito il conforme parere del p.g.

P. Q. M.

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

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 13, 24, 27, 97 e 113 della Costituzione, dell'art. 41-bis, comma 2-bis l.p., come novellato dall'art.2 della legge 13 dicembre 2002 n. 279, laddove prescrive che i provvedimenti di proroga del regime differenziato ex art. 41-bis l.p. sono prorogabili, «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno.».

Sospende la procedura in corso.

Dispone trasmettersi gli atti alla Corte costituzionale previa comunicazione ai Presidenti delle due camere del Parlamento e rituali notifiche e comunicazioni.

Manda alla cancelleria per adempimenti.

Napoli, addì 17 marzo 2003

Il Presidente estensore: DI GIOVANNI

N. 600

*Ordinanza del 17 maggio 2003 emessa dal Tribunale di Arezzo
nel procedimento penale a carico di Dos Santos Pedro Miguel*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Lesione del principio della riserva di giurisdizione in materia di libertà personale - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quinquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, art. 13, commi secondo e terzo.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza.

Dos Santos Pedro Mignel in data odierna è stato tratto in arresto in flagranza del reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 189/2002, e presentato all'udienza per il giudizio di convalida, venendogli contestato di essersi trattenuto senza giustificato motivo nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore di Milano in data 11 febbraio 2003, regolarmente notificatogli.

In sede di udienza, il p.m. ha richiesto la convalida dell'arresto ed il difensore non si è opposto rimettendosi alla decisione del tribunale, che preliminarmente rileva profili di incostituzionalità della previsione normativa introdotta con l'art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quinquies*, d.lgs. n. 286/1998 che non appaiono manifestamente infondati, e che è pertanto indispensabile sottoporre al vaglio della Corte costituzionale.

Trattasi in particolare del contrasto tra l'art. 14, comma 5-*quinquies*, d.lgs. n. 286/1998 (nella vigente formulazione) con l'art. 13 della Costituzione.

Si osserva in proposito, in primo luogo, che l'art. 13 della Costituzione, dopo avere stabilito al primo comma che «la libertà personale è inviolabile», ammette al secondo comma che restrizioni alla detta libertà (detenzione, ispezione e perquisizione) siano operabili solo «per atto motivato dell'autorità giudiziaria», e, al terzo comma, consente all'autorità di pubblica sicurezza, «in casi eccezionali di necessità ed urgenza» di adottare «provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati (...) all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida (...) si intendono revocati e restano privi di ogni effetto».

La norma dunque attribuisce alla sola autorità giudiziaria la competenza ad operare restrizioni della libertà personale, riservando all'autorità di pubblica sicurezza non una analoga, seppur più limitata competenza, ma solo il potere di intervenire in supplenza ed anticipazione dell'operato dell'autorità giudiziaria quando questa, per l'urgenza del caso, non sia in grado di intervenire tempestivamente.

Depongono in questa direzione: la provvisorietà del provvedimento adottato dall'autorità di pubblica sicurezza, destinato cioè fin dall'origine ad essere trasformato e superato da altro atto, la natura derogatoria dell'intervento della polizia rispetto al principio generale dell'intervento dell'autorità giudiziaria, poiché ritratta per il costituente di casi «eccezionali», la perdita di ogni effetto del provvedimento adottato dall'autorità di pubblica sicurezza, qualora questo non sia tempestivamente comunicato o, soprattutto, convalidato, e la stessa configurazione dell'atto dell'autorità giudiziaria come atto di «convalida», ovvero sia atto diretto alla verifica ed eliminazione di eventuali vizi presenti un precedente atto.

In tal senso si è espressa anche la Corte costituzionale, allorché ha osservato che vi è una regola, che attribuisce all'autorità giudiziaria la competenza ad emettere provvedimenti coercitivi della libertà personale, ed una eccezione, rappresentata dal fatto «in se previsto dal testo costituzionale, che gli organi di polizia debbono provvedere in sostituzione dell'autorità giudiziaria», che «l'obbligo dell'atto motivato di convalida (...) è disposto nell'art. 13/3 della Costituzione per ogni provvedimento provvisorio preso dall'autorità di pubblica sicurezza in sostituzione del giudice e quindi per ogni provvedimento di arresto (obbligatorio o facoltativo) o di fermo» (cfr. Corte cost. n. 173/1971), e che le finalità sottese all'arresto in flagranza sono perseguibili «soltanto attraverso l'immediato intervento dell'autorità di polizia in temporanea vece dell'autorità giudiziaria, lontana normalmente dalla flagranza o quasi flagranza dei reati» (cfr. Corte cost. n. 503/1989).

Parimenti la Corte di cassazione ha affermato che nel caso di arresto in flagranza (secondo la sentenza 14 luglio 1971, n. 173 della Corte costituzionale) il titolo legittimo della detenzione è costituito da una fattispecie complessa, in cui l'attività della polizia giudiziaria deve collegarsi al provvedimento di convalida dell'autorità giudiziaria, il quale soltanto costituisce l'atto con cui si esercita il controllo della legittimità dell'operato della polizia giudiziaria e, ad un tempo, il titolo formale della detenzione stessa, cui la legge conferisce efficacia *ex tunc* (cfr. Cass. n. 297/1973).

Coerentemente con i principi espressi dall'art. 13 Cost., nella lettura datane dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sopra richiamata, il vigente codice di procedura penale prevede infatti che la polizia giudiziaria che ha eseguito l'arresto ne dia immediata notizia al pubblico ministero (art. 386/1 c.p.p.), ponga l'arrestato a disposizione del pubblico ministero al più presto e comunque non oltre ventiquattro ore dall'arresto (art. 386/3 c.p.p.), a pena di inefficacia dell'arresto medesimo (art. 386 ultimo comma c.p.p.), e, correlativamente, attribuisce al pubblico ministero il potere/dovere di sindacare da subito l'operato della polizia giudiziaria sotto il profilo della legittimità, disponendo l'immediata liberazione della persona che sia stata arrestata al di fuori dei casi consentiti (art. 389 c.p.p.), e sotto il profilo dell'insussistenza di esigenze cautelari, disponendo, anche in questo caso, l'immediata liberazione dell'arrestato (art. 121 disp. att. c.p.p.).

Anche le scelte operate dal legislatore nella materia in oggetto sembrano dunque orientate inequivocabilmente nel senso di configurare l'operato della polizia giudiziaria come mera anticipazione dell'attività giuridica dell'autorità giudiziaria, la quale, infatti, in tempi tassativamente assai brevi, è chiamata ad essere investita della questione e ad intervenire con le più ampie valutazioni, anche e soprattutto se dissonanti rispetto a quelle della polizia medesima.

Pertanto sia il tenore letterale della norma costituzionale, sia la sua interpretazione giurisprudenziale, sia l'ordinamento positivo convergono nell'escludere che l'art. 13 della Costituzione attribuisca all'autorità di pubblica sicurezza un autonomo potere di limitazione della libertà personale, mentre invece inducono a ritenere che esso legittimi l'anzidetto potere esclusivamente in quanto anticipazione e supplenza del potere dell'autorità giudiziaria: con l'ovvia, necessaria conseguenza che all'autorità di pubblica sicurezza non può essere conferito un potere più esteso di quello riconosciuto all'autorità giudiziaria.

Ebbene, nei confronti di chi sia indagato per il reato previsto dall'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/1998, nell'attuale formulazione, l'autorità giudiziaria non dispone di alcun potere di limitazione della libertà personale in quanto l'illecito è configurato come contravvenzione punita con pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dunque per la stessa non può essere adottata alcuna misura cautelare ai sensi degli artt. 272 e seguenti c.p.p.

Appare dunque seriamente ipotizzabile un contrasto dell'art. 14, d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 286/1998, nella parte in cui, attribuendo alla polizia giudiziaria il potere-dovere di procedere all'arresto obbligatorio dell'indagato, conferisce alla stessa un potere autonomo di restrizione della libertà personale sostanzialmente insuscettibile di conferma da parte dell'autorità giudiziaria, obbligata alla remissione in libertà dell'arrestato, il quale dunque risulterà comunque aver subito una restrizione della libertà personale che l'autorità giudiziaria non poteva disporre.

La circostanza che si tratti di una mera contravvenzione ad un ordine dell'autorità di pubblica sicurezza nell'ambito di un complessivo sistema indirizzato a garantire la massima efficacia all'espulsione dello straniero (indicativa in questo senso è la collocazione della fattispecie nell'ambito dell'art. 13, legge n. 189/2002 «esecuzione dell'espulsione», come una sorta di norma di chiusura laddove non sia stata eseguita in altro modo l'espulsione, tanto che «al fine di assicurare l'esecuzione dell'espulsione», dopo l'inevitabile remissione in libertà all'esito della convalida, ai sensi dello stesso comma 5-*quinq*ues dell'art. 14 dec. cit., il questore può disporre i provvedimenti di cui al comma 1 dell'art. 14, e dunque il trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza temporanea), induce a collocare pertanto la restrizione della libertà personale nei casi detti, piuttosto che nei casi eccezionali previsti dall'art. 13 Cost., in una problematica di normale efficienza o inefficienza dell'attività amministrativa.

Per i motivi esposti si ritiene che sussistano seri dubbi di legittimità della norma in esame da sottoporre al Giudice delle leggi.

La necessità di sospensione del procedimento impone comunque l'immediata remissione in libertà dell'imputato in mancanza di adeguato titolo detentivo.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost. e 23, legge n. 87/1953,

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 13 secondo e terzo comma della Costituzione, dell'art. 14, comma 5-quinquies, d.lgs. n. 286/1998 nella parte in cui prevede, per il reato previsto al comma 5-ter del medesimo articolo, l'arresto obbligatorio dell'indagato.

Sospende il presente procedimento e ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e dispone l'immediata remissione in libertà dell'imputato.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di competenza.

Arezzo, addì 17 maggio 2003

Il giudice: BARLUCCHI

03C0905

NN. 601 a 604

Ordinanze - di contenuto sostanzialmente identiche - emesse il 28 maggio 2003 dal T.a.r. per la Puglia sez. staccata di Lecce sui ricorsi proposti da: Roma Cosimo Damiano ed altro contro Ministero dell'interno ed altra (R.O. 601/2003); Bamarouf Mohamed contro Ministero dell'interno ed altra (R.O. 602/2003); Benan Brahim contro Ministero dell'interno ed altra (R.O. 603/2003); El Houss M' Barek contro Ministero dell'interno ed altra (R.O. 604/2003);

Straniero e apolide - Straniero in posizione irregolare - Espulsione amministrativa - Possibilità di regolarizzazione in base a circostanze obiettive attestanti l'avvenuto inserimento sociale - Mancata previsione - Ingiustificato eguale trattamento dello straniero lavoratore espulso in quanto in posizione irregolare rispetto allo straniero espulso per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato.

- Legge 9 ottobre 2002, n. 222, art. 1, comma 8, lett. a).
- Costituzione, art. 3.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha emesso la seguente ordinanza sul ricorso n. 398 dell'anno 2003 proposto da Cosimo Damiano Roma e El Maachi Nabil elettivamente domiciliati in Lecce, via Paisiello n. 45, presso lo studio dell'avv. Marcella Turco, unitamente al procuratore avv. Maurizio Sansone, che li rappresenta e difende in virtù di mandato a margine del ricorso introduttivo, ricorrenti;

Contro Ministero dell'interno in persona del ministro legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato *ope legis* presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato in Lecce e dalla stessa rappresentato e difeso, resistente; prefettura di Brindisi in persona del ministro legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato *ope legis* presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato in Lecce e dalla stessa rappresentato e difeso, resistente, per l'annullamento, previa sospensiva del decreto del prefetto di Brindisi prot. 200300000662 emesso in data 19 febbraio 2003 con cui è stata respinta la domanda di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario El Maachi Nabil; del successivo ordine del questore della provincia di Brindisi del 25 febbraio 2003 di trattenimento di El Maachi Nabil nel Centro di permanenza temporanea e di assistenza di Restino (BR) per il tempo strettamente necessario ad eseguire il provvedimento di espulsione emesso in data 5 dicembre 2001; di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, in particolare ove occorra, del decreto di espulsione emesso dal prefetto di Brindisi in data 5 dicembre 2001.

Visto il ricorso ed i relativi allegati;

Letti gli atti di causa;

Udito il relatore alla pubblica udienza del 19 marzo 2003, Ref. Diego Sabatino;

Uditi per il ricorrente l'avv. Sansone, e l'Avvocatura dello Stato l'avv. Gustapane.

Ritenuto in fatto

Con ricorso iscritto al n. 398 del 2003, i ricorrenti impugnavano i provvedimenti indicati in epigrafe. A sostegno dello loro doglianze, premettevano:

che il signor Roma aveva presentato domanda di regolarizzazione del cittadino extracomunitario El Maachi Nabil;

che la prefettura di Brindisi emanava l'impugnato provvedimento sulla scorta della mera considerazione della precedente emissione di diverso ordine di espulsione con accompagnamento alla frontiera;

che tale decisione veniva assunta in assenza di alcun altro atto istruttorio e che da tale momento derivavano gli altri diversi e consequenziali provvedimenti impugnati. Instava quindi per l'annullamento degli atti impugnati con vittoria di spese processuali.

All'udienza del 19 marzo 2003, il ricorso è stato discusso in sede cautelare e deciso come da separato dispositivo depositato in cancelleria il giorno stesso.

Considerato in diritto

1. — La vicenda oggetto della presente controversia attiene alla valutazione della legittimità, subordinata alla deliberazione della domanda incidentale di sospensiva, del decreto del prefetto di Brindisi, con cui è stata respinta la domanda di regolarizzazione presentata, ai sensi dell'art. 1 della legge 9 ottobre 2002 n. 222, dal datore di lavoro del lavoratore extracomunitario ricorrente, e degli altri atti amministrativi connessi indicati in epigrafe.

Secondo l'esame del collegio, l'impugnato decreto prefettizio rappresenta una diretta applicazione della disposizione normativa contenuta nell'art. 1, ottavo comma, lettera *a*) della citata legge 9 ottobre 2002, n. 222, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 9 settembre 2002, n. 195. A tale testo normativo deve quindi farsi riferimento nella parte in cui interdice la possibilità della regolarizzazione, procedimento introdotto dalla medesima legge, per i lavoratori extracomunitari nei confronti dei quali non possa essere disposta la revoca del provvedimento di espulsione già emesso in loro danno, precisando che tale evenienza si verifica qualora detto provvedimento sia stato accompagnato dall'ordine di accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Con ordinanza cautelare del 19 marzo 2003, il collegio ha accolto *ad tempus*, ovvero sino alla restituzione degli atti del giudizio da parte della Corte costituzionale in seguito alla decisione della questione di legittimità costituzionale sollevata con separata ordinanza, l'istanza di sospensiva presentata in via incidentale.

2. — Rileva il tribunale che la sopra richiamata norma dell'art. 1, ottavo comma, lettera *a*) della legge 9 ottobre 2002, n. 222 «Disposizioni urgenti in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari», nella parte in cui prevede che «le disposizioni del presente articolo non si applicano ai rapporti di lavoro riguardanti lavoratori extracomunitari nei confronti dei quali sia stato emesso un provvedimento di espulsione per motivi diversi dal mancato rinnovo del permesso di soggiorno, salvo che sussistano le condizioni per la revoca del provvedimento in presenza di circostanze obiettive riguardanti l'inserimento sociale; la revoca, non può essere in ogni caso disposta nell'ipotesi in cui il lavoratore extracomunitario sia o sia stato sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo ... ovvero risulti destinatario di un provvedimento di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica», pone fondati interrogativi sulla sua conformità all'art. 3 primo comma della Costituzione.

Il collegio intende, quindi, sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale, *in parte qua*, dell'art. 1, ottavo comma, lettera *a*) della legge 9 ottobre 2002, n. 222 in quanto lo stesso si pone in contrasto con il dettato dell'art. 3 della Costituzione sotto una duplicità di profili.

Secondo un primo aspetto, la norma appare lesiva del principio di eguaglianza, di cui al citato art. 3 della Costituzione, per quanto vieta, anche al legislatore di trattare in modo eguale situazioni soggettive profondamente diverse. La norma indagata si presta alla detta censura quando procede ad una equiparazione normativa, escludendo dalla detta procedura di regolarizzazione e quindi precludendo la possibilità di attribuire rilievo all'esistenza di circostanze obiettive attestanti l'avvenuto inserimento sociale dello straniero, le differenti posizioni

del lavoratore extracomunitario che sia stato destinatario di un provvedimento di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per motivi di ordine pubblico dello Stato o perché ritenuto socialmente pericoloso, con quella del lavoratore extracomunitario che si sia semplicemente trattenuto nel territorio dello Stato oltre il termine di quindici giorni fissato nell'intimazione scritta di espulsione o sia entrato clandestinamente nel territorio dello Stato privo di un valido documento di identità. La censura di violazione del precetto di eguaglianza attiene quindi alla mancata previsione di una differenza di trattamento tra le diverse ipotesi contemplate dalla norma e quindi alla mancata considerazione della circostanza che il lavoratore extracomunitario, il quale non commetta reati e non si renda concretamente pericoloso per la sicurezza pubblica, non può essere assimilato *sic et simpliciter* a coloro che invece ledono con la loro condotta interessi collettivi di elevato rilievo e pregnanza.

Sotto un secondo profilo, la norma appare porsi anche in contrasto con il generale precetto, desumibile dallo stesso art. 3 della Costituzione, che impone la ragionevolezza delle scelte legislative, in quanto impedendo la valorizzazione dei profili di inserimento sociale dello straniero, esclude la possibilità di raggiungere gli obiettivi di favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri che sono previsti dalla legge.

3. — In merito alla rilevanza della sollevata questione di legittimità costituzionale in relazione al giudizio in corso, ed in particolar modo per la fase cautelare, il collegio evidenzia come, da un lato, in base alla deliberazione sommaria tipica della trattazione dell'incidente di sospensione, le censure prospettate nel ricorso appaiono prive di pregio giuridico in relazione all'attuale stato della legislazione, in quanto l'impugnato decreto rappresenta una mera e lineare applicazione della indicata disposizione normativa e, dall'altro, l'esecuzione degli atti amministrativi gravati sarebbe suscettibile di provocare un irreversibile e gravissimo pregiudizio delle posizioni giuridiche soggettive del ricorrente.

La presente fase cautelare della controversia, ad avviso del collegio, non può essere definita indipendentemente dalla risoluzione della sollevata questione di legittimità costituzionale, che appare per tali motivi, non manifestamente infondata per le ragioni sopra espresse, in quanto l'istanza di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati dovrà essere definitivamente accolta oppure respinta, a seconda che la disposizione normativa denunciata sarà incostituzionale o meno, nei limiti della censura dedotta.

P. Q. M.

Visto l'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 e ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, così provvede:

- 1) Ordina la sospensione dell'ulteriore corso del giudizio iniziato con il ricorso indicato in epigrafe;*
- 2) Deferisce alla Corte costituzionale la questione sulla compatibilità costituzionale delle norme indicate, ovvero dell'art. 1, ottavo comma, lett. a) della legge 9 ottobre 2002, n. 222, in relazione all'art. 3 della Costituzione;*
- 3) Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.*

Ordina che, a cura della segreteria, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio del 19 marzo 2003.

Il Presidente: RAVALLI

Il giudice estensore: SABATINO

N. 605

*Ordinanza del 12 marzo 2003 emessa dal Tribunale di Milano
nel procedimento penale a carico di Rama Antigoni*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3 e 13, comma terzo.

IL TRIBUNALE

Nel procedimento penale nei confronti di Rama Antigoni, nata a Valona (Albania) in data 11 maggio 1976, tratta in arresto in flagranza per il reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, in relazione al comma 5-*quiquies* del d.lgs. n. 286/1998, e presentato all'odierna udienza per il giudizio di convalida, venendogli contestato di essersi trattenuta nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito in data 13 dicembre 2002 dal questore di Bologna, ha pronunciato la seguente ordinanza.

All'odierna udienza di convalida il p.m. ha chiesto la convalida dell'arresto, sottolineando come nel caso concreto si versi in ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza.

Il tribunale, peraltro, chiamato a convalidare l'operato della polizia giudiziaria sulla base della previsione normativa introdotta con l'art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quiquies*, d.lgs. n. 286/1998, non può non rilevare profili di incostituzionalità che non appaiono manifestamente infondati e che sembra pertanto indispensabile sottoporre al vaglio della Corte costituzionale.

A) Ravvisabile contrasto tra l'art. 14, comma 5-*quiquies* e gli artt. 13 e 3 della Costituzione.

Si osserva, in primo luogo, che l'art. 13 della Costituzione, dopo avere stabilito al primo comma che «la libertà personale è inviolabile», ammette al secondo comma che restrizioni alla detta libertà (detenzione, ispezione e perquisizione) siano operabili solo «per atto motivato dell'autorità giudiziaria» e, al terzo comma, consente all'autorità di pubblica sicurezza, «in casi eccezionali di necessità ed urgenza» di adottare «provvedimenti provvisori», «che devono essere comunicati (...) all'autorità giudiziaria» e che «si intendono revocati e restano privi di ogni effetto» «se questa non li convalida».

Sembra corretto ritenere che la norma attribuisca alla sola autorità giudiziaria la competenza ad operare restrizioni della libertà personale, invece riservando all'autorità di pubblica sicurezza non analoga, seppur più limitata competenza, ma solo il potere di intervenire in supplenza ed anticipazione dell'operato dell'autorità giudiziaria quando questa, per l'urgenza del caso, non sia in grado di intervenire tempestivamente. Depongono in questa direzione la «provvisorietà» del provvedimento adottato dall'autorità di pubblica sicurezza, provvedimento perciò destinato fin dall'origine ad essere trasformato e superato da altro atto; la «eccezionalità» dei casi, evidenziante la natura essenzialmente derogatoria dell'intervento della polizia rispetto al principio generale dell'intervento dell'autorità giudiziaria; la perdita di ogni effetto del provvedimento adottato dall'autorità di pubblica sicurezza, qualora questo non sia tempestivamente comunicato e convalidato; la stessa configurazione dell'atto dell'autorità giudiziaria come atto di «convalida», che è atto, di norma, inteso come diretto all'eliminazione dei vizi insiti in un precedente atto invalido.

Conforto a questa lettura si rinviene in pronunce della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e nella disciplina che il legislatore ha voluto adottare nel codice di procedura penale.

La Corte costituzionale ha avuto modo di osservare che:

vi è una regola, che attribuisce all'autorità giudiziaria la competenza ad emettere provvedimenti coercitivi della libertà personale, ed una eccezione, rappresentata dal fatto «in sé previsto dal testo costituzionale, che gli organi di polizia debbono provvedere in sostituzione dell'autorità giudiziaria» e che «l'obbligo del decreto

motivato di convalida ... è disposto nell'art. 13, comma terzo della Costituzione per ogni provvedimento provvisorio preso dall'autorità di pubblica sicurezza in sostituzione de giudice e quindi per ogni provvedimento di arresto (obbligatorio o facoltativo) o di fermo» (Corte cost. n. 71/173);

le finalità sottese all'arresto in flagranza sono perseguibili «soltanto attraverso l'immediato intervento dell'autorità di polizia in temporanea vece dell'autorità giudiziaria, lontana normalmente dalla flagranza o quasi flagranza dei reati» (Corte cost. n. 503/89).

La Corte di cassazione ha affermato che:

nel caso di arresto in flagranza (secondo la sentenza 14 luglio 1971, n. 173, della Corte costituzionale) il titolo legittimo della detenzione è costituito da una fattispecie complessa, in cui l'attività della polizia giudiziaria deve collegarsi al provvedimento di convalida dell'autorità giudiziaria, il quale soltanto costituisce l'atto con cui si esercita il controllo della legittimità dell'operato della polizia giudiziaria e, ad un tempo, il titolo formale della detenzione stessa, cui la legge conferisce efficacia *ex tunc* (Cass. n. 297/73).

Il sistema introdotto dal legislatore con il vigente codice di procedura penale prevede infine che la polizia giudiziaria che ha eseguito l'arresto:

ne dia immediata notizia al pubblico ministero (art. 386, primo comma c.p.p.);

ponga l'arrestato a disposizione del pubblico ministero al più presto e comunque non oltre ventiquattro ore dall'arresto (art. 386, terzo comma c.p.p.), a pena di inefficacia dell'arresto medesimo (art. 386, ultimo comma c.p.p.);

e, correlativamente attribuisce al pubblico ministero il potere-dovere di sindacare da subito l'operato della polizia giudiziaria:

sotto il profilo della legittimità, disponendo l'immediata liberazione della persona che sia stata arrestata al di fuori dei casi consentiti (art. 389 c.p.p.);

sotto il profilo dell'insussistenza di esigenze cautelari, disponendo, anche in questo caso, l'immediata liberazione dell'arrestato (art. 121 disp. att. c.p.p.).

Anche le scelte operate dal legislatore nella materia in oggetto sembrano dunque orientate inequivocabilmente nel senso di configurare l'operato della polizia giudiziaria come mera anticipazione dell'attività giuridica dell'autorità giudiziaria, la quale, infatti, in tempi tassativamente assai brevi, è chiamata ad essere investita della questione e ad intervenire con le più ampie valutazioni, anche e soprattutto se dissonanti rispetto a quelle della polizia medesima.

Una lettura nel senso anzidetto appare del resto in linea con quanto affermato, sia pure con riferimento a problematica diversa, dalla Corte costituzionale, secondo la quale «la presentazione per il giudizio direttissimo da parte degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria non rappresenta una attività ad iniziativa della polizia giudiziaria ma una sorta di attività delegata del pubblico ministero che si esplica sotto il costante controllo di quest'ultimo, al quale deve essere data immediata notizia dell'arresto e che è tenuto a formulare l'imputazione» (Corte cost. n. 374/98).

In sintesi, sembra corretto concludere che sia il tenore letterale della norma, sia l'orientamento interpretativo espresso con le decisioni citate, sia l'impostazione che l'ordinamento positivo è andato via via assumendo nel tempo, soprattutto nell'ambito del procedimento penale, convergono nell'escludere che l'art. 13 Costituzione attribuisca all'autorità di pubblica sicurezza un autonomo potere di limitazione della libertà personale, mentre invece inducono a ritenere che esso legittimi l'anzidetto potere esclusivamente in quanto anticipazione e supplenza del potere dell'autorità giudiziaria: con l'ovvia, necessaria conseguenza che all'autorità di pubblica sicurezza non può essere conferito un potere più esteso di quello riconosciuto all'autorità giudiziaria.

Ebbene, nei confronti di chi sia indagato per il reato previsto dall'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/1998, come recentemente modificato, l'autorità giudiziaria non dispone di alcun potere di limitazione della libertà personale in quanto:

l'illecito è configurato come contravvenzione punita con pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dunque, in quanto tale, risulta completamente estraneo alla previsione degli artt. 272 e seguenti c.p.p. in materia di misure cautelari;

non si rinvergono norme speciali che consentano l'applicazione di misura cautelare in deroga alle anzidette disposizioni generali.

Appare dunque seriamente ipotizzabile un contrasto dell'art. 14, d.lgs. n. 286/1998, come modificato (dalla legge n. 286/1998, nella parte in cui, attribuendo alla polizia giudiziaria il potere-dovere di procedere all'arresto (per giunta obbligatorio) dell'indagato, conferisce alla stessa un potere autonomo e superiore rispetto a quello di cui dispone l'autorità giudiziaria.

Non vale ad escludere la sussistenza di un ravvisabile contrasto tra la norma in esame e l'art. 13 Costituzione la considerazione che, attraverso l'attribuzione dell'art. 121 disp. att. c.p.p., la libertà dell'indagato verrebbe comunque salvaguardata: il meccanismo approntato dalle disposizioni del codice di procedura penale è sì congegnato in modo da determinare il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria ma certamente non è idoneo ad impedire che una sia pur temporanea limitazione della libertà personale abbia luogo: trattandosi di una limitazione che, come si è detto, appare consentita dalla legge in contrasto con la previsione dell'art. 13 Cost., non sembra che possano avere rilievo «soglie quantitative» più o meno basse, soprattutto considerando che la limitazione viene arrecata nella forma più grave, quella della detenzione.

Ma, in verità, si ha perfino ragione di dubitare che l'art. 14, d.lgs. n. 286/1998 introduca una implicita ma necessaria deroga all'art. 121 disp. att. c.p.p., là ove dispone che «si procede con rito direttissimo». Invero, sebbene non sia astrattamente da escludere che un giudizio direttissimo possa celebrarsi, entro quarantotto ore, nei confronti di indagato rimesso in libertà, si deve prendere atto del fatto che la norma non disciplina in alcun modo come, nei ristrettissimi tempi anzidetti, debba essere formulata la contestazione da parte del pubblico ministero, la stessa debba essere portata a conoscenza dell'imputato e questi debba essere convenuto in giudizio: e lascia dunque desumere che la *ratio* ad essa sottostante sia in realtà quella di condurre l'imputato al giudizio direttissimo in stato di detenzione.

Ebbene, interpretata in questo senso, la norma risulterebbe ancor più in contrasto con le disposizioni costituzionali perché:

prevederebbe in sostanza che il pubblico ministero abdichi al suo potere-dovere di controllare, almeno sotto il profilo della sussistenza di esigenze cautelari, l'operato della polizia giudiziaria, facendogli in tal modo dismettere la funzione assegnatagli dalla Costituzione, e, corrispondentemente, esalterebbe ancor più l'espansione dei poteri della polizia giudiziaria, con ancora più accentuato contrasto con l'art. 13 Costituzione;

introdurrebbe una grave disparità di trattamento tra la persona che, arrestata per il reato in considerazione (contravvenzione punita con pena edittale non particolarmente afflittiva) e certamente non soggetta all'applicazione di alcuna misura cautelare, si vedrebbe comunque esposta alla concreta possibilità di necessaria detenzione fino a quarantotto ore; e la persona che, arrestata per delitto ben più grave ma rientrante nella disciplina generale, potrebbe confidare in una tempestiva liberazione sebbene per l'illecito commesso sia astrattamente applicabile perfino la custodia in carcere: con conseguente violazione dell'art. 3 Costituzione.

Il tutto, si noti, in un contesto nel quale le esigenze di carattere amministrativo potrebbero comunque essere adeguatamente salvaguardate, atteso che, espressamente, la norma stabilisce che «al fine di assicurare l'esecuzione dell'espulsione», il questore può disporre il trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza temporanea (art. 14, comma 5-*quiquies*).

B) Ravvisabile contrasto tra l'art. 14, comma 5-*quiquies* e l'art. 3 della Costituzione.

Sotto diverso ed ulteriore profilo la previsione dell'art. 14, comma 5-*quiquies* appare suscettibile di censura.

La disposizione in esame, infatti, introduce la previsione dell'arresto obbligatorio nei confronti di chi sia indagato del reato previsto dal precedente comma 5-*ter*.

Ora, è ben vero che la valutazione circa la gravità del fatto e la conseguente necessità di procedere comunque all'arresto di chi ne appaia responsabile, è valutazione rimessa al discrezionale apprezzamento del legislatore, come tale sottratto in genere ad un giudizio di costituzionalità in relazione all'eventuale violazione dell'art. 3 Costituzione.

Nel caso di specie, peraltro, il confronto tra le diverse fattispecie così ravvicinato e stringente da far apparire possibile una diversa soluzione.

Invero, l'art. 13, comma 13-*ter* introduce l'arresto facoltativo (in tal senso sembra corretto intendere l'espressione «è sempre consentito»):

in relazione al reato previsto dal precedente comma 13, che, in quanto sostanziantesi nella condotta dello straniero espulso che fa rientro nello Stato ed in quanto punito con pena identica a quella comminata al reato previsto dall'art. 14, comma 5-*ter*, appare valutato dal legislatore di pari gravità, per sostanziale omogeneità della condotta e per identità di sanzione;

in relazione al reato previsto dal precedente comma 13-*bis*, che, nella stessa, evidente valutazione del legislatore, è assai più grave, trattandosi di trasgressione ad un divieto espresso dal giudice, configurato come delitto punito con pena della reclusione fino a quattro anni e dunque perfino suscettibile di applicazione di misura cautelare.

Sembra dunque corretto ritenere che l'art. 14, comma 5-*quiquies*, prevedendo l'arresto obbligatorio del contravventore, riservi al medesimo un trattamento decisamente più afflittivo di quello riservato, per fatti analoghi o addirittura più gravi, nel medesimo testo normativo, senza che, dalle norme, sia desumibile la sussistenza di una indicazione di ragionevolezza di una simile scelta.

Per i motivi ora esposti, ritiene questo tribunale che sussistano seri dubbi di legittimità della norma in esame e che, da ciò, consegua la necessità di sospensione del procedimento per sottoporre la questione al Giudice delle leggi.

La necessità di sospensione del procedimento impone comunque l'immediata remissione in libertà dell'imputato in mancanza di adeguato titolo detentivo.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost. e 23, legge n. 87/1953;

*Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5-*quiquies*, legge n. 189/2002 nella parte in cui prevede, per reato previsto al comma 5-*ter*, l'arresto obbligatorio dell'indagato, per violazione degli artt. 3 e 13 comma terzo della Costituzione.*

Dispone l'immediata remissione in libertà dell'imputato.

Sospende il presente procedimento e ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Milano, addì 12 marzo 2003

Il giudice: BUSACCA

03C0907

N. 606

*Ordinanza del 3 gennaio 2003 (pervenuta alla Corte costituzionale il 10 luglio 2003)
emessa dal Tribunale di Milano nel procedimento penale a carico di Mashal Ahmed Abdalla*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3 e 13, comma terzo.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza.

Mashal Ahmed Abdalla è stato tratto in arresto in flagranza del reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter* in relazione all'art. 5-*quiquies*, d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 189/2002, in data 4 dicembre 2002 e presentato all'odierna udienza per il giudizio di convalida, venendogli contestato di essersi trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'odierna impartito in data 23 dicembre 2002 dal questore di Savona.

In sede di udienza, il p.m. ha richiesto la convalida dell'arresto ed il difensore ha eccepito la illegittimità costituzionale dell'art. 14, legge n. 189/2002.

Il tribunale, peraltro, chiamato a convalidare l'operato della polizia giudiziaria sulla base della previsione normativa introdotta con l'art. 14, commi 5-ter e 5-*quinq*ues, d.lgs. n. 286/1998, non può non rilevare profili di incostituzionalità che non appaiono manifestamente infondati e che sembra pertanto indispensabile sottoporre al vaglio della Corte costituzionale.

Sul punto, il tribunale non può che richiamarsi alle considerazioni già espresse nell'ambito di altro procedimento penale (celebratosi a carico di Patrascanu Dumitru, sospeso con ordinanza del 5 dicembre 2002) qui riportando integralmente il testo dell'ordinanza pronunciata in quella sede.

A) Ravvisabile contrasto tra l'art. 14, comma 5-*quinq*ues e gli artt. 13 e 3 della Costituzione.

Si osserva, in primo luogo, che l'art. 13 della Costituzione, dopo avere stabilito al primo comma che «la libertà personale è inviolabile», ammette al secondo comma che restrizioni alla detta libertà (detenzione, ispezione e perquisizione) siano operabili solo «per atto motivato dell'autorità giudiziaria» e, al terzo comma, consente all'autorità di pubblica sicurezza, «in casi eccezionali di necessità ed urgenza» di adottare «provvedimenti provvisori», «che devono essere comunicati (...) all'autorità giudiziaria» e che «si intendono revocati e restano privi di ogni effetto» «se questa non li convalida».

Sembra corretto ritenere che la norma attribuisca alla sola autorità giudiziaria la competenza ad operare restrizioni della libertà personale, invece riservando all'autorità di pubblica sicurezza non una analoga, seppur più limitata competenza, ma solo il potere di intervenire in supplenza ed anticipazione dell'operato dell'autorità giudiziaria quando questa, per l'urgenza del caso, non sia in grado di intervenire tempestivamente. Depongono in questa direzione la «provvisorietà» del provvedimento adottato dall'autorità di pubblica sicurezza, provvedimento perciò destinato fin dall'origine ad essere trasformato e superato da altro atto; la «eccezionalità» dei casi, evidenziante la natura essenzialmente derogatoria dell'intervento della polizia rispetto al principio generale dell'intervento dell'autorità giudiziaria; la perdita di effetto del provvedimento adottato dall'autorità di pubblica sicurezza, qualora questo non sia tempestivamente comunicato e convalidato; la stessa configurazione dell'atto dell'autorità giudiziaria come atto di «convalida», che è atto, di norma, inteso come diretto all'eliminazione dei vizi insiti in un precedente atto invalido.

Conforto a questa lettura si rinviene in pronunce della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e nella disciplina che il legislatore ha voluto adottare nel codice di procedura penale.

La Corte costituzionale ha avuto modo di osservare che:

vi è una regola, che attribuisce all'autorità giudiziaria la competenza ad emettere provvedimenti coercitivi della libertà personale, ed una eccezione, rappresentata dal fatto «in sé previsto dal testo costituzionale, che gli organi di polizia debbono provvedere in sostituzione dell'autorità giudiziaria» e che «l'obbligo del decreto motivato di convalida (...) è disposto nell'art. 13, comma terzo della Costituzione per ogni provvedimento provvisorio preso dall'autorità di pubblica sicurezza in sostituzione del giudice e quindi per ogni provvedimento di arresto (obbligatorio o facoltativo) o di fermo» (Corte cost. n. 173/71);

le finalità sottese all'arresto in flagranza sono perseguibili «soltanto attraverso l'immediato intervento dell'autorità di polizia in temporanea vece dell'autorità giudiziaria, lontana normalmente dalla flagranza o quasi flagranza dei reati» (Corte cost. n. 503/89).

La Corte di cassazione ha affermato che:

nel caso di arresto in flagranza (secondo la sentenza 14 luglio 1971, n. 173, della Corte costituzionale) il titolo legittimo della detenzione è costituito da una fattispecie complessa, in cui l'attività della polizia giudiziaria deve collegarsi al provvedimento di convalida dell'autorità giudiziaria, il quale soltanto costituisce l'atto con cui si esercita il controllo della legittimità dell'operato della polizia giudiziaria e, ad un tempo, il titolo formale della detenzione stessa, cui la legge conferisce efficacia *ex tunc* (Cass. n. 297/73).

Il sistema introdotto dal legislatore con il vigente codice di procedura penale prevede infine che la polizia giudiziaria che ha eseguito l'arresto:

ne dia immediata notizia al pubblico ministero (art. 386 primo comma c.p.p.);

ponga l'arrestato a disposizione del pubblico ministero al più presto e comunque non oltre ventiquattro ore dall'arresto (art. 386, terzo comma c.p.p.), a pena di inefficacia dell'arresto medesimo (art. 386, ultimo comma c.p.p.); e, correlativamente, attribuisce al pubblico ministero il potere-dovere di sindacare da subito l'operato della polizia giudiziaria:

sotto il profilo della legittimità, disponendo l'immediata liberazione della persona che sia stata arrestata al di fuori dei casi consentiti (art. 389 c.p.p.);

sotto il profilo dell'insussistenza di esigenze cautelari, disponendo, anche in questo caso, l'immediata liberazione dell'arrestato (art. 121 disp. att. c.p.p.).

Anche le scelte operate dal legislatore nella materia in oggetto sembrano dunque orientate inequivocabilmente nel senso di configurare l'operato della polizia giudiziaria come mera anticipazione dell'attività giuridica dell'autorità giudiziaria, la quale, infatti, in tempi tassativamente assai brevi, è chiamata ad essere investita della questione e ad intervenire con le più ampie valutazioni, anche e soprattutto se dissonanti rispetto a quelle della polizia medesima.

Una lettura nel senso anzidetto appare del resto in linea con quanto affermato, sia pure con riferimento a problematica diversa, dalla Corte costituzionale, secondo la quale «la presentazione per il giudizio direttissimo da parte degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria non rappresenta una attività ad iniziativa della polizia giudiziaria ma una sorta di attività delegata del pubblico ministero che si esplica sotto il costante controllo di quest'ultimo, al quale deve essere data immediata notizia dell'arresto e che è tenuto a formulare l'imputazione» (Corte cost. n. 374/98).

In sintesi, sembra corretto concludere che sia il tenore letterale della norma, sia l'orientamento interpretativo espresso con le decisioni citate, sia l'impostazione che l'ordinamento positivo è andato via via assumendo nel tempo, soprattutto nell'ambito del procedimento penale, convergono nell'escludere che l'art. 13 Costituzione attribuisca all'autorità di pubblica sicurezza un autonomo potere di limitazione della libertà personale, mentre invece inducono a ritenere che esso legittimi l'anzidetto potere esclusivamente in quanto anticipazione e supplenza del potere dell'autorità giudiziaria: con l'ovvia, necessaria conseguenza che all'autorità di pubblica sicurezza non può essere conferito un potere più esteso di quello riconosciuto all'autorità giudiziaria.

Ebbene, nei confronti di chi sia indagato per il reato previsto dall'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/1998, come recentemente modificato, l'autorità giudiziaria non dispone di alcun potere di limitazione della libertà personale in quanto:

l'illecito è configurato come contravvenzione punita con pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dunque, in quanto tale, risulta completamente estraneo alla previsione degli artt. 272 e seguenti c.p.p. in materia di misure cautelari;

non si rinvergono norme speciali che consentano l'applicazione di misura cautelare in deroga alle anzidette disposizioni generali.

Appare dunque seriamente ipotizzabile un contrasto dell'art. 14, d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 286/1998, nella parte in cui, attribuendo alla polizia giudiziaria il potere-dovere di procedere all'arresto (per giunta obbligatorio) dell'indagato, conferisce alla stessa un potere autonomo e superiore rispetto a quello di cui dispone l'autorità giudiziaria.

Non vale ad escludere la sussistenza di un ravvisabile contrasto tra la norma in esame e l'art. 13 Costituzione la considerazione che, attraverso l'attribuzione dell'art. 121 disp. att. c.p.p., la libertà dell'indagato verrebbe comunque salvaguardata: il meccanismo approntato dalle disposizioni del codice di procedura penale è sì congegnato in modo da determinare il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria ma certamente non è idoneo ad impedire che una sia pur temporanea limitazione della libertà personale abbia luogo: trattandosi di una limitazione che, come si è detto, appare consentita dalla legge in contrasto con la previsione dell'art. 13 Cost., non sembra che possano avere rilievo «soglie quantitative» più o meno basse, soprattutto considerando che la limitazione viene arrecata nella forma più grave, quella della detenzione.

Ma, in verità, si ha perfino ragione di dubitare che l'art. 14, d.lgs. n. 286/1998 introduca una implicita ma necessaria deroga all'art. 121 disp. att. c.p.p., là ove dispone che «si procede con rito direttissimo». Invero, sebbene non sia astrattamente da escludere che un giudizio direttissimo possa celebrarsi, entro quarantotto ore, nei confronti di indagato rimesso in libertà, si deve prendere atto del fatto che la norma non disciplina in alcun modo come, nei ristrettissimi tempi anzidetti, debba essere formulata la contestazione da parte del pubblico ministero, la stessa debba essere portata a conoscenza dell'imputato e questi debba essere convenuto in giudizio: e lascia dunque desumere che la *ratio* ad essa sottostante sia in realtà quella di condurre l'imputato al giudizio direttissimo in stato di detenzione.

Ebbene, interpretata in questo senso, la norma risulterebbe ancor più in contrasto con le disposizioni costituzionali perché:

prevederebbe in sostanza che il pubblico ministero abdichi al suo potere/dovere di controllare, almeno sotto il profilo della sussistenza di esigenze cautelari, l'operato della polizia giudiziaria, facendogli in tal modo dismettere la funzione assegnatagli dalla Costituzione, e, corrispondentemente, esalterebbe ancor più l'espansione dei poteri della polizia giudiziaria, con ancora più accentuato contrasto con l'art. 13 Costituzione;

introdurrebbe una grave disparità di trattamento tra la persona che, arrestata per il reato in considerazione (contravvenzione punita con pena edittale non particolarmente afflittiva) e certamente non soggetta all'applicazione di alcuna misura cautelare, si vedrebbe comunque esposta alla concreta possibilità di necessaria detenzione fino a quarantotto ore; e la persona che, arrestata per delitto ben più grave ma rientrante nella disciplina generale, potrebbe confidare in una tempestiva liberazione sebbene per l'illecito commesso sia astrattamente applicabile perfino la custodia in carcere: con conseguente violazione dell'art. 3 Costituzione.

Il tutto, si noti, in un contesto nel quale le esigenze di carattere amministrativo potrebbero comunque essere adeguatamente salvaguardate, atteso che, espressamente, la norma stabilisce che «al fine di assicurare l'esecuzione dell'espulsione», il questore può disporre il trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza temporanea (art. 14, comma 5-*quiquies*).

B) Ravvisabile contrasto tra l'art. 14, comma 5-*quiquies* e l'art. 3 della Costituzione.

Sotto diverso ed ulteriore profilo la previsione dell'art. 14 comma 5-*quiquies* appare suscettibile di censura.

La disposizione in esame, infatti, introduce la previsione dell'arresto obbligatorio nei confronti di chi sia indagato del reato previsto dal precedente comma 5-*ter*.

Ora, è ben vero che la valutazione circa la gravità del fatto e la conseguente necessità di procedere comunque all'arresto di chi ne appaia responsabile, è valutazione rimessa al discrezionale apprezzamento del legislatore, come tale sottratto in genere ad un giudizio di costituzionalità in relazione all'eventuale violazione dell'art. 3 Costituzione.

Nel caso di specie, peraltro, il confronto tra le diverse fattispecie è così ravvicinata e stringente da far apparire possibile una diversa soluzione.

Invero, l'art. 13, comma 13-*ter* introduce l'arresto facoltativo (in tal senso sembra corretto intendere l'espressione «è sempre consentito»):

in relazione al reato previsto dal precedente comma 13, che, in quanto sostanziantesi nella condotta dello straniero espulso che fa rientro nello Stato ed in quanto punito con pena identica a quella comminata al reato previsto dall'art. 14, comma 5-*ter*, appare valutato dal legislatore di pari gravità, per sostanziale omogeneità della condotta e per identità di sanzione;

in relazione al reato previsto dal precedente comma 13-*bis*, che, nella stessa, evidente valutazione del legislatore, è assai più grave, trattandosi di trasgressione ad un divieto espresso dal giudice, configurato come delitto punito con pena della reclusione fino a quattro anni e dunque perfino suscettibile di applicazione di misura cautelare.

Sembra dunque corretto ritenere che l'art. 14, comma 5-*quiquies*, prevedendo l'arresto obbligatorio del contravventore, riservi al medesimo un trattamento decisamente più afflittivo di quello riservato, per fatti analoghi o addirittura più gravi, nel medesimo testo normativo, senza che, dalle norme, sia desumibile la sussistenza di una indicazione di ragionevolezza di una simile scelta.

Per i motivi ora esposti, ritiene questo tribunale che sussistano seri dubbi di legittimità della norma in esame e che, da ciò, consegua la necessità di sospensione del procedimento per sottoporre la questione al Giudice delle leggi.

La necessità di sospensione del procedimento impone comunque l'immediata remissione in libertà dell'imputato in mancanza di adeguato titolo detentivo.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost. e 23, legge n. 87/1953;

*Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-*quiquies*, legge n. 189/2002 nella parte in cui prevede, per reato previsto al comma 5-*ter*, l'arresto obbligatorio dell'indagato, per violazione degli artt. 3 e 13 comma terzo della Costituzione.*

Dispone l'immediata remissione in libertà dell'imputato.

Sospende il presente procedimento e ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Milano, addì 3 gennaio 2003

Il giudice: ZUCCHETTI

N. 607

*Ordinanza del 10 aprile 2003 emessa dal T.a.r. per la Campania
sul ricorso proposto da W.W.F. Italia O.N.L.U.S. ed altra contro Regione Campania ed altri*

Caccia - Regione Campania - Modifica dei periodi di caccia stabiliti dall'art. 16 della legge regionale n. 8/1996 per alcune specie della fauna presenti in Campania - Anticipazione del periodo venatorio dalla terza domenica di settembre al 1° settembre - Omessa richiesta del parere dell'I.N.F.S. - Contrasto con la normativa statale in materia (art. 18 legge n. 157/1992) - Violazione della sfera di competenza statale in materia di tutela dell'ambiente e dei limiti stabiliti dall'ordinamento comunitario (Direttiva 79/409/CEE del 2 aprile 1979).

- Legge Regione Campania 10 aprile 1996, n. 8, art. 16, comma 1, lett. a), come modificato dall'art. 49, comma 1, lett. e), della legge Regione Campania 26 luglio 2002, n. 15.
- Costituzione, art. 117, commi primo (in relazione alla Direttiva 79/409/CEE del 2 aprile 1979) e secondo, lett. s), (in relazione all'art. 18 della legge 11 febbraio 1992, n. 157).

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 8576/2002 Reg. Gen., proposto dalla Associazione Italiana per il World Wide Fund for Nature (W.W.F. Italia) - O.N.L.U.S., in persona dell'arch. Fulco Pratesi, in qualità di presidente nazionale e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Balletta, con domicilio eletto in Napoli alla via A. Da Salerno 13, presso la sede della Sezione regionale W.W.F. della Campania;

Contro la Regione Campania, in persona del presidente della giunta regionale, rappresentata e difesa dall'avv. Colomba Auricchio, con domicilio eletto in Napoli alla via Santa Lucia 81, presso la sede legale dell'ente; con l'intervento *ad adiuvandum* di Lega Antivivisezione (L.A.V.) - O.N.L.U.S., in persona di Adolfo Sansolini, Presidente nazionale e rappresentante legale dell'Ente, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Leo, con domicilio eletto in Napoli alla via A. Da Salerno 13, presso la sede della sezione regionale W.W.F. della Campania; e con l'intervento *ad opponendum* di UNAVI - Unione delle Associazioni Venatorie - Regione Campania, con sede in Caserta alla via Roma 11, in persona del Presidente *pro tempore*, dott. Antonio D'Angelo, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Abbamonte e Umberto Gentile, con domicilio eletto in Napoli alla via Melisurgo 4, presso lo studio del primo; nonché Della Pietra Giuseppe, Sepe Giuseppe, Riccio Massimiliano, Maffettone Luigi, Gaetano Mattia Mario, Muto Antonio, Parisi Michele, Nappi Andrea, Minichini Michele, Romano Michele, Nappi Saverio, Aretino Giuseppe, Caliendo Salvatore, Guida Michele, Valo Giacomo Vecchione Salvatore, Spina Giuseppe, Auricchio Angelo Michele, Caliendo Trifone, Settembre Sabto, Di Maio Vincenzo, Aretino Antonio, Ferraro Antonio e Castaldo Vincenzo, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Giovanni Guarino, con domicilio eletto in Napoli alla via M.R. Imbriani 73; per l'annullamento, previa sospensione,

quanto ai ricorso principale: «del calendario venatorio della Regione Campania per l'annata 2002/2003:

a) nella parte in cui, disattendendo immotivatamente il parere sfavorevole dell'Istituto nazionale fauna selvatica, dispone: «L'esercizio venatorio per l'annata 2002/2003 potrà praticarsi alle specie e nei luoghi appresso specificati dal 1° settembre 2002 al 30 gennaio 2003 nei seguenti periodi: a) dal 1° settembre al 15 settembre sono cacciabili: colombaccio, ghiandola, merlo, quaglia, tortora ed un solo capo per specie in tutto il periodo per: starna, lepre comune e fagiano maschio»;

b) del medesimo calendario venatorio regionale, nella parte in cui dispone: «Caccia programmata - Si ricorda infine che ogni cacciatore per poter esercitare la caccia in Campania dovrà acquisire la residenza venatoria in almeno un ATC della Regione con le modalità previste degli articoli 8 e seguenti del regolamento di gestione relativo agli ambiti territoriali di caccia costituente la normativa di attuazione del "Piano faunistico venatorio della Regione Campania", pubblicato sul B.U.R.C. del 23 maggio 2000. Tale acquisizione sarà dimostrata mediante l'apposizione di specifica vidimazione, effettuata dall'amministrazione competente alla gestione dell'ATC, sul tesserino rilasciato dal comune o dall'amministrazione provinciale di residenza. È consentita altresì la dimostrazione dell'acquisizione della residenza venatoria anche mediante altra documentazione formale, rilasciata dall'amministrazione competente, accompagnata dal versamento della tassa dovuta» nonchè contestualmente, delle seguenti norme applicative del Regolamento di gestione relativa agli ambiti territoriali di caccia costituente la normativa di attuazione del «Piano faunistico venatorio della regione Campania» pubblicato sul numero speciale del B.U.R.C del 23 maggio 2000:

art. 8, comma 1, nella parte in cui dispone «Lo stesso cacciatore può altresì ottenere l'iscrizione in altro ATC della regione nei limiti della disponibilità dei posti, secondo le modalità previste dal successivo comma 9»;

art. 9, comma 3, che, nel disciplinare le procedure per l'ammissione negli ATC dispone «l'istanza per l'ammissione in altri ATC senza residenza venatoria vanno prodotte al Comitato di gestione dell'ATC prescelto successivamente al 30 aprile di ciascun anno»;

art. 9, comma 11, che dispone, per il caso di mancato accoglimento dell'istanza di accesso ad un ATC, qualora la Provincia non risponda entro trenta giorni al ricorso presentato dal richiedente, «la mancata risposta comporta, di diritto, l'iscrizione all'ATC richiesto, anche in soprannumero, senza obbligo del pagamento del contributo altrimenti dovuto»;

c) del medesimo - calendario venatorio regionale, nella parte in cui dispone: «Per le giornate di caccia in regime di reciprocità di cui all'art. 37, comma 7, della l.r. n. 8/1996 si applicano le disposizioni di cui all'art. 8 commi 3 e 4, del regolamento di gestione relativo agli ambiti territoriali di caccia pubblicato sul numero speciale del B.U.R.C. del 23 maggio 2000 nelle normative di attuazione del Piano faunistico venatorio della Regione Campania», nonché delle «Normative di attuazione» allegate al Piano faunistico venatorio, approvate con decreto del Presidente della giunta regionale della Campania n. 4/63 dell'11 aprile 2000 ed, in particolare delle seguenti disposizioni:

art. 8, comma 3, come modificato dal d.P.G.R.C. n. 7661 del 1° settembre 2000, che, dispone: «3. Oltre alle possibilità di cui ai commi 1 e 2, a ciascun cacciatore residente in Campania è consentito l'esercizio venatorio alla sola selvaggina migratoria negli ATC della Campania, confinanti con l'ATC di residenza venatoria, per un numero massimo di venti giornate, senza il pagamento della relativa quota di iscrizione»;

art. 9 del «Regolamento di gestione relativo agli ambiti territoriali di caccia» (pubblicato nel B.U.R.C. 23 maggio 2000 numero speciale, pag. 66 e ss.);

d) del medesimo calendario venatorio regionale, nella parte in cui dispone: l'addestramento e l'allenamento dei cani da ferma è consentito dal 28 luglio al 29 agosto 2002 nelle sole zone individuate dalle amministrazioni provinciali in cui non è vietata la caccia e non vi sono colture in atto ... per i campi di addestramento cani istituiti a norma dell'art. 15 della l.r. n. 8/1996, valgono le specifiche disposizioni emanate dalla regione con disciplinare allegato alla deliberazione della giunta n. 3697 del 19 giugno 1998 e pubblicato sul numero speciale del B.U.R.C. del 23 maggio 2002 in appendice al Piano faunistico regionale»; nonché del Regolamento recante «Disciplina per il funzionamento delle zone di addestramento cani su selvaggina di allevamento» (pubblicato nel B.U.R.C. del 23 maggio 2000 - numero speciale) relativamente alla norma di cui all'art. 2 che così dispone: «Nelle zone per l'addestramento e l'allevamento dei cani in cui è consentito l'abbattimento esclusivamente di selvaggina di allevamento appartenente a specie cacciabili, l'attività non è consentita esclusivamente nelle giornate dei silenzio venatorio e in ogni tempo deve essere garantita l'incolumità della fauna presente»;

e) della deliberazione della giunta regionale della Campania n. 3628 del 26 luglio 2002 con la quale è stato approvato il calendario venatorio impugnato *in parte qua sub a), b), c), d)*;

f) di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti ai provvedimenti sopra impugnati, anche se non conosciuti e non richiamati».

Quanto al primo atto di proposizione dei motivi aggiunti: «della deliberazione della giunta regionale della Campania, di numero sconosciuto, approvata nella seduta di oggi 9 settembre 2002, recante ad oggetto «Riformulazione calendario venatorio annata 2002/2003 in esecuzione della sentenza del T.a.r. n. 4022 del 4 settembre 2002»;

Quanto al secondo atto di proposizione dei motivi aggiunti: «*in parte qua* della deliberazione della giunta regionale della Campania n. 4063 dell'11 settembre 2002 recante ad oggetto «Delibera regionale 4039 del 9 settembre 2002 - Differimento termini», nella parte in cui dispone che «rimane invariato quanto contenuto nella restante parte del calendario» e, precisamente delle seguenti disposizioni del calendario venatorio regionale 2002/2003:

a) «caccia programmata - Si ricorda infine che ogni cacciatore per poter esercitare la caccia in Campania dovrà acquisire la residenza venatoria in almeno un ATC della Regione con le modalità previste dagli articoli 8 e seguenti del regolamento di gestione relativo agli Ambiti territoriali di caccia costituente la normativa di attuazione del «Piano faunistico venatorio della Regione Campania», pubblicato nel B.U.R.C. del 23 maggio 2000. Tale acquisizione sarà dimostrata mediante l'apposizione di specifica vidimazione, effettuata dall'amministrazione competente alla gestione dell'ATC, sul tesserino rilasciato dal comune o dall'amministrazione provinciale di residenza.

È consentita altresì la dimostrazione dell'acquisizione della residenza venatoria anche mediante altra documentazione formale, rilasciata dall'amministrazione competente, accompagnata dal versamento della tassa dovuta» nonché contestualmente, delle seguenti norme applicate del regolamento di gestione relativo agli ambiti Territoriali di caccia costituente la normativa di attuazione del «Piano faunistico venatorio della Regione Campania» pubblicato nel numero speciale del B.U.R.C. del 23 maggio 2000:

art. 8, comma 1, nella parte in cui dispone «Lo stesso cacciatore può altresì ottenere l'iscrizione in altro ATC della regione nei limiti della disponibilità dei posti, secondo le modalità previste dal successivo comma 9»;

art. 9, comma 3, che, nel disciplinare le procedure per l'ammissione negli ATC, dispone «l'istanza per l'ammissione in altri ATC senza residenza venatoria vanno prodotte al comitato di gestione dell'ATC prescelto successivamente al 30 aprile di ciascun anno»;

art. 9, comma 11, che dispone, per il caso di mancato accoglimento dell'istanza di accesso ad un ATC, qualora la - Provincia non risponda entro 30 giorni al ricorso presentato dal richiedente, «la mancata risposta comporta, di diritto, l'iscrizione all'ATC richiesto, anche in soprannumero, senza obbligo del pagamento del contributo altrimenti dovuto»;

b) «per le giornate di caccia in regime di reciprocità di cui all'art. 37, comma 7, della l.r. n. 8/1996 si applicano le disposizioni di cui all'art. 8, commi 3 e 4, del regolamento di gestione relativo agli ambiti territoriali di Caccia pubblicato sul numero speciale del B.U.R.C. del 23 maggio 2000 nelle normative di attuazione del Piano faunistico venatorio della Regione Campania», nonché delle «Normative di attuazione» allegate al Piano faunistico venatorio, approvate con decreto del Presidente della giunta regionale della Campania n. 4/63 dell'11 aprile 2000 ed in particolare delle seguenti disposizioni:

art. 8, comma 3, come modificato dal d.P.G.R.C. n. 7661 del 1° settembre 2000, che dispone: «3. Oltre alle possibilità di cui ai commi 1 e 2, a ciascun cacciatore residente in Campania è consentito l'esercizio venatorio alla sola selvaggina migratoria negli ATC della Campania confinanti con l'ATC di residenza venatoria, per un numero massimo di venti giornate, senza il pagamento della relativa quota di iscrizione»;

art. 9 del «Regolamento di gestione relativo agli ambiti territoriali di caccia» (pubblicato nel B.U.R.C. 23 maggio 2000 - numero speciale, pag. 66 e ss);

c) «l'addestramento e l'allenamento dei cani da ferma è consentito dal 28 luglio al 29 agosto 2002 nelle sole zone individuate dalle amministrazioni provinciali in cui non è vietata la caccia e non vi sono colture in atto ... per i campi di addestramento cani istituiti a norma dell'art. 15 della l.r. 8/1996, valgono le specifiche disposizioni emanate dalla Regione con disciplinare allegato alla deliberazione della giunta n. 3697 del 19 giugno 1998 e pubblicato nel numero speciale del B.U.R.C. del 23 marzo 2000 in appendice al piano faunistico regionale»; nonché del Regolamento recante «Disciplina per il funzionamento delle zone di addestramento cani su selvaggina di allevamento» (pubblicato nel B.U.R.C. del 23 maggio 2000 - numero speciale) relativamente alla norma di cui all'art. 2 che così dispone: «Nelle zone per l'addestramento e l'allevamento dei cani in cui è consentito l'abbattimento esclusivamente di selvaggina di allevamento appartenente a specie cacciabili, l'attività non è consentita esclusivamente nelle giornate di silenzio venatorio e in ogni tempo deve essere garantita l'incolumità della fauna presente»;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di proposizione di motivi aggiunti, notificati rispettivamente il 10 settembre 2002 e il 22 ottobre 2002 e depositati in segreteria il 13 settembre 2002 ed il 5 novembre 2002;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente con le annesse produzioni;

Visti gli atti di costituzione degli interventori *ad adiuvandum* e *ad opponendum* con le annesse produzioni;

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

Vista l'ordinanza n. 4022/2002 del 4 settembre 2002, con la quale la sezione ha accolto la domanda di sospensione del provvedimento impugnato;

Visti gli atti tutti di causa;

Uditi alla pubblica udienza del 29 gennaio 2003 — relatore il Magistrato dott. Carpentieri — gli avv. ripor-tati a verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

La controversia ha ad oggetto il calendario venatorio per l'annata 2002-2003 assunto dall'amministrazione regionale — con la delibera di giunta n. 3628 del 26 luglio 2002, pubblicata nel bollettino regionale n. 39 del 12 agosto 2002 —, in attuazione nell'art. 24 della legge regionale n. 8 del 1996.

Il calendario venatorio 2002-2003 prevede l'apertura della caccia dal 1° al 15 settembre 2002 per le specie colombaccio, ghiandaia, merlo, quaglia e tortora, nonché, limitatamente a un solo capo per specie in tutto il periodo, per la starna, la lepre comune e il fagiano maschio. Introduce altresì ulteriori previsioni di disciplina dell'esercizio venatorio per l'annata venatoria 2002-2003, tra cui quelle sulla caccia programmata, la caccia in reciprocità in ambiti territoriali diversi da quelli di residenza e l'addestramento dei cani, che formano oggetto di specifica impugnativa nei termini esaustivamente riportati in epigrafe.

Avverso la delibera regionale è insorta in giudizio l'associazione italiana per il World Wide Fund for Nature (W.W.F. Italia) articolando diverse censure di violazione di legge e di eccesso di potere.

Si è costituita ed ha resistito in giudizio l'amministrazione regionale.

Sono intervenute — in adesione alle opposte posizioni in campo — le associazioni (ambientalista e venatoria) indicate in epigrafe, nonché taluni interventori *uti singuli* nell'asserita qualità di «cacciatori».

Con decreto presidenziale n. 4004/2002 del 28 agosto 2002 è stata disposta la sospensione dell'atto impugnato. La sospensione è stata confermata con l'ordinanza collegiale n. 4022/2002 del 4 settembre 2002.

Con delibera n. 4063 dell'11 settembre 2002 la giunta regionale della Campania ha modificato il calendario venatorio allegato alla delibera n. 3628 del 26 luglio 2002 nei soli limiti della sostituzione del primo capoverso, lettera *a*) del primo deliberato, nel senso che le specie colombaccio, ghiandaia, merlo, quaglia e tortora sono considerate cacciabili dall'8 al 15 settembre 2002 (e non più, come nell'originaria delibera, dal 1° al 15 settembre 2002), con integrale conferma, per il resto, della prima delibera del 26 luglio 2002.

Avverso tale nuova determinazione l'associazione ricorrente ha proposto motivi aggiunti, deducendo tra l'altro il contrasto con l'intervenuta sospensione in sede giurisdizionale della delibera 3628, sostanzialmente confermata dalla successiva n. 4063. Chiamata alla pubblica udienza del 29 gennaio 2003, la causa è stata introitata in decisione.

È intervenuta la legge regionale della Campania 26 luglio 2002, n. 15 («legge finanziaria regionale per l'anno 2002»), pubblicata nel Bollettino ufficiale della regione n. 38 del 7 agosto 2002.

L'art. 49 di questa legge ha introdotto alcune modifiche alla legge regionale 10 aprile 1996 n. 8, in particolare all'art. 16 concernente le «Specie cacciabili e periodi di attività venatoria», con (tra l'altro) la previsione dell'anticipazione dell'apertura della caccia al 1° settembre, in luogo della terza domenica di settembre originariamente prevista nella lettera *a*) del comma 1 del predetto art. 16, per le specie ivi elencate (quaglia, tortora, merlo, allodola, starna, pernice rossa etc.).

La disposizione che qui rileva si individua nella lettera *e*) del comma 1 dell'art. 49, che si compendia nel seguente enunciato normativo: «la legge regionale 10 aprile 1986, n. 8 «Norme per la protezione della fauna selvatica e disciplina dell'attività venatoria in Campania» è così modificata:

e) al comma 1, lettera *a*), dell'art. 16, si sostituiscono le parole: «dalla terza domenica di settembre» con le parole «dal 1° settembre».

Nella motivazione dell'ordinanza di sospensione n. 4022/2002 del 4 settembre 2002 questo T.a.r. aveva evidenziato come il complessivo meccanismo procedimentale previsto dalla legge regionale 8 del 1996 — attraverso, in particolare, la previsione, all'art. 24, del calendario venatorio regionale da adottarsi entro il 15 giugno dell'anno (e comunque, deve osservarsi, entro un termine ragionevole e compatibile con le esigenze di regolamentazione e disciplina preventive della stagione venatoria) — non consentisse una immediata operatività della novella legislativa, per cui, in presenza di un calendario venatorio già adottato nel luglio 2002 sulla base della legge regionale allora vigente, la nuova norma anticipatoria dell'apertura della caccia per talune specie cacciabili avrebbe potuto trovare concreta applicazione solo *de futuro*, per il successivo calendario venatorio, relativo all'annata 2003-2004. La giunta regionale, intervenendo nuovamente con la delibera n. 4063 dell'11 settembre 2002, prendendo atto sotto tale profilo dell'ordinanza di questo giudice, ha ritenuto di non revocare (o autoannullare) la delibera n. 3628 del 26 luglio 2002 ed ha giudicato sufficiente una mera parziale riforma della stessa, nei termini sopra riferiti.

Al primo «visto» del preambolo motivazionale della seconda delibera — la n. 4063 dell'11 settembre 2002 — la giunta regionale richiama tuttavia l'art. 49 della legge regionale 15 del 2002 «che modifica i periodi di caccia stabiliti dall'art. 16 della legge regionale n. 8/1996 per alcune specie della fauna presenti in Campania».

La nuova legge regionale integra, dunque la base giuridica del complessivo deliberato regionale costituito dalla delibera n. 3628 del 26 luglio 2002 come modificata dalla successiva n. 4063 dell'11 settembre 2002.

È vero che nel deliberato di modifica assunto l'11 settembre 2002 la regione mostra, per certi versi, di ragionare ancora nell'ottica del quadro normativo anteriore alla novella dell'agosto 2002, posto che si sforza, nella nuova motivazione, di dimostrare la «superabilità» del parere dell'I.N.F.S. e la sua portata non integralmente negativa, donde la ritenuta possibilità, in conformità al predetto parere, di conservare l'anticipazione (spostata peraltro dal 1° all'8 del mese di settembre, per ovvi motivi di calendario, posto che la nuova delibera di modifica interveniva il 4 di settembre) ancorché limitatamente a talune soltanto delle specie cacciabili inizialmente incluse in tale provvedimento. Ma il collegio ritiene che tali considerazioni — che pure denunciano una perplessità motivazionale dell'atto, peraltro inidonea *ex se* a determinarne l'annullamento — debbano recedere di fronte al dato sostanziale, che non può essere sottovalutato, della espressa volontà del legislatore regionale dell'agosto 2002 di fornire una nuova — e più forte — base giuridica al calendario venatorio adottato nel luglio 2002 e fatto oggetto di contestazione e di impugnativa giurisdizionale, proprio sotto il profilo dell'illegittimità della deroga anticipatoria dell'esercizio venatorio al 1° settembre 2002. In conclusione, la delibera 4063 dell'11 settembre 2002 «copre» con una rafforzata base legislativa regionale la volontà di anticipazione dell'apertura della caccia e rende ineludibile la questione di conformità costituzionale della novella legislativa di cui all'art. 49 della legge regionale 26 luglio 2002, n. 15.

Ancora in punto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale in esame, deve osservarsi che le ulteriori censure, analiticamente riportate in epigrafe, riguardanti diversi aspetti regolativi dell'esercizio venatorio richiamati nel calendario venatorio 2002-2003 mediante rinvio al piano faunistico venatorio regionale e al regolamento di gestione relativo agli ambiti territoriali di caccia, ove anche fossero da giudicarsi fondate, condurrebbero all'annullamento dell'atto impugnato limitatamente alle parti colpite da censura (disciplina della caccia di taluni specie), ma non investirebbero la questione della illegittima anticipazione della stagione venatoria. Anche da questo punto di vista, dunque, emerge e va dichiarata la rilevanza della questione, la cui soluzione è indispensabile ai fini della decisione in ordine al capo *a)* dell'impugnativa.

Ne deriva la rilevanza, al fini della decisione della presente impugnativa, della questione di legittimità costituzionale, prospettata dalla difesa del W.W.F., ma che si ritiene di proporre anche d'ufficio, dell'art. 49, comma 1, lettera *e)* della legge regionale della Campania 26 luglio 2002, n. 15, nella parte in cui, modificando l'art. 16, comma 1, lettera *a)* della legge regionale 10 aprile 1996 n. 8, consente l'apertura della caccia, per talune specie ivi indicate, «dal 1° settembre», anziché dalla terza domenica di settembre», per contrasto con l'art. 18 della legge 11 febbraio 1992 n. 157, recante «Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio», quale norma interposta espressione della potestà legislativa esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *s)* della Costituzione, nonché per la violazione della direttiva 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979, e dunque per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, sotto il profilo della violazione del limite del «rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», comunque imposto al legislatore regionale.

In base alla nuova legge regionale l'anticipazione del calendario venatorio al 1° settembre dell'anno non richiede neppure il provvedimento autorizzatorio previo parere dell'I.N.F.S.: la novella legislativa regionale ha infatti sostituito alla regola della terza domenica di settembre — stabilita dalla legge nazionale n. 157 del 1992 — la nuova regola del 1° settembre, lì dove, nel sistema nazionale, come correttamente riprodotto dal testo della legge regionale n. 8 del 1996 antevigente alla novella l'anticipazione al 1° settembre costituiva l'eccezione, sottoposta a previo provvedimento autorizzatorio regionale, sentito l'I.N.F.S. E poiché il nucleo centrale dell'impugnativa delle delibere regionali, che forma l'oggetto della presente causa, si incentra attorno alla questione della legittimità dell'esercizio del potere autorizzatorio regionale della deroga anticipatoria alla regola della terza domenica di settembre, contenuta nel calendario venatorio per l'annata 2002-2003, va da sé che il dubbio di costituzionalità sulla legge regionale dell'agosto 2002, che ha fatto dell'eccezione (1° settembre) la regola, con esclusione di qualsivoglia autorizzazione derogatoria motivata, si palesa *ex se* rilevante ai fini del decidere.

La questione è altresì non manifestamente infondata. In proposito il collegio ritiene sufficiente il rinvio alle più recenti pronunce rese dalla Corte costituzionale nella materia (in particolare Corte cost. 20 dicembre 2002 n. 536, che ha annullato la legge regionale della Sardegna 7 febbraio 2002 n. 5 nella parte in cui aveva ampliato la stagione venatoria dalla terza domenica di settembre fino al 28 febbraio dell'anno successivo, nonché alle ulteriori, precedenti pronunce ivi richiamate).

Del tutto analogamente alla ipotesi già decisa con la citata sentenza n. 536 del 2002, nel caso in esame la legge regionale della Campania, che si sottopone al vaglio di costituzionalità, amplia la durata della stagione venatoria oltre ai limiti consentiti dalla legge nazionale, sia sotto il profilo dell'entità complessiva della stagione venatoria, sia sotto il profilo del superamento dei periodi dell'anno, prima ed oltre i quali di solito si svolge

ancora o si inizia l'attività riproduttiva dell'avifauna, che la normativa nazionale considera invalicabili. La legge 157 del 1992 stabilisce che (art. 18, comma 2, terzo periodo) «I termini devono essere comunque contenuti tra il 1° settembre ed il 31 gennaio dell'anno nel rispetto dell'arco temporale massimo indicato al comma 1».

Il nuovo art. 16 della legge regionale campana n. 8 del 1996 — come risultante dalla modifica apportata dalla legge regionale n. 15 del 2002 — prevede che il periodo venatorio consentito per le specie cacciabili di cui alla lettera *a*) sia compreso tra il 1° settembre e il 31 dicembre dell'anno, mentre la legge nazionale, per le medesime specie, prevede il minore periodo compreso tra la terza domenica di settembre e il 31 dicembre dell'anno. Come già sopra evidenziato, mentre nella legge nazionale (art. 18, comma 2) il termine iniziale della terza settimana di settembre può essere modificato per determinate specie in relazione a situazioni ambientali delle diverse realtà territoriali previa autorizzazione regionale sentita l'I.N.F.S., nel nuovo sistema della legge regionale novellata l'anticipazione al 1° settembre diviene la regola generale, esclusa ogni autorizzazione specifica sul punto. Per di più la legge regionale novellata mantiene il termine finale di chiusura al 31 dicembre dell'anno, allungando quindi il complessivo periodo venatorio, in violazione del precetto della norma nazionale che impone il «rispetto dell'arco temporale massimo indicato al comma 1».

La legge regionale n. 8 del 1996 — come modificata dalla legge 15 del 2002 — viola altresì la previsione nazionale di non oltrepassabilità del termine del 31 gennaio dell'anno (*cfr.* stesso periodo del comma 2 dell'art. 18, ora citato), lì dove, con le lettere *f*) e *g*) dell'art. 49, comma 1, della legge «finanziaria» n. 15 del 2002, sostituisce al comma 1, lettera *b*) e al comma 3 dell'art. 16 della legge regionale n. 8 del 1996 le parole «31 gennaio» con le parole «28 febbraio».

Nella richiamata sentenza n. 536 del 2002 la Corte ha in particolare affermato che «l'art. 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione esprime una esigenza unitaria per ciò che concerne la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ponendo un limite agli interventi a livello regionale che possano pregiudicare gli equilibri ambientali». Più in particolare la Corte ha chiarito che «la delimitazione temporale del prelievo venatorio disposta dall'art. 18 della legge n. 157 del 1992 è rivolta ad assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili e risponde all'esigenza di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema per il cui soddisfacimento l'art. 117, secondo comma, lettera *s*), ritiene necessario l'intervento in via esclusiva della potestà legislativa statale. Come già affermato da questa Corte nella sentenza n. 323 del 1998, vi è un nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica, nel quale deve includersi — accanto all'elencazione delle specie cacciabili — la disciplina delle modalità — di caccia, nei limiti nei limiti in cui prevede misure indispensabili per assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili. Al novero di tali misure va ascritta la disciplina che, anche in funzione di adeguamento agli obblighi comunitari, delimita il periodo venatorio». Ha ulteriormente soggiunto la Corte che «La disciplina statale che prevede come termine per l'attività venatoria il 31 gennaio si inserisce, dunque, in un contesto normativo comunitario e internazionale rivolto alla tutela della fauna migratoria che si propone di garantire il sistema ecologico nel suo complesso. La suddetta disciplina risponde senz'altro a quelle esigenze di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema demandate allo Stato e si propone come standard di tutela uniforme che deve essere rispettato nell'intero territorio nazionale».

Tutte le riportate considerazioni depongono chiaramente, ad avviso di questo giudice remittente, nel senso della non manifesta infondatezza della questione sollevata.

Anche nel caso in esame, infine, come la Corte aveva potuto rilevare per la legge sarda, non riveste alcun rilievo l'istituto delle deroghe al regime di protezione della fauna selvatica consentite dall'art. 9 della direttiva 79/409/CEE, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, solo per le finalità ivi indicate, rivolte alla salvaguardia di interessi generali (su tale istituto *cfr.* Corte cost. sentenza n. 168 del 1999).

La legge regionale campana n. 8 del 1996 contiene al riguardo l'autonomo e distinto art. 17 — relativo al «controllo della fauna selvatica» — che regola l'esercizio del potere regionale di deroga. Tale previsione nulla ha a che vedere con il calendario venatorio e la determinazione del periodo di svolgimento dell'annata venatoria. Neppure rileva, pertanto, nella presente controversia, la legge nazionale 3 ottobre 2002 n. 221 recante «Integrazioni alla legge 11 febbraio 1992, n. 157», che ha inserito nella suddetta legge sulla protezione della fauna selvatica il nuovo art. 19-*bis* attributivo alle regioni della funzione di disciplina delle suddette deroghe di cui all'art. 9 della direttiva 79/409/CEE, nei limiti e nell'ambito della direttiva medesima, con la previsione di una potestà statale di annullamento degli atti regionali di esercizio della deroga posti in essere in violazione della legge n. 157 e della direttiva 79/409/CEE.

Il presente giudizio deve dunque sospendersi per la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale perché decida sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 49, comma 1, lettera *e*), della legge regionale della Campania 26 luglio 2002 n. 15, ovvero dell'art. 16, comma 1, lettera *a*), della legge regionale della Campania 10 aprile 1996 n. 8, come modificato dalla predetta disposizione della legge regionale n. 15 del 2002, per contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione, in relazione all'art. 18 della legge 11 febbraio 1992 n. 157, nonché per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione alla direttiva 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979.

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 49, comma 1, lettera e), della legge regionale della Campania 26 luglio 2002 n. 15, ovvero dell'art. 16, comma 1, lettera a), della legge regionale della Campania 10 aprile 1996 n. 8, come modificato dalla predetta disposizione della legge regionale n. 15 del 2002, per contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, in relazione all'art. 18 della legge 11 febbraio 1992 n. 157, nonché per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione alla direttiva 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979.

Ai sensi dell'art. 23 della legge 12 marzo 1953 n. 87, sospende il giudizio ed ordina che, a cura della segreteria, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e che la stessa venga comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso in Napoli, nelle camere di consiglio del 29 gennaio e del 19 marzo 2003.

Il Presidente: CORAGGIO

Il relatore: CARPENTIERI

03C0909

N. 608

*Ordinanza del 4 marzo 2003 emessa dal giudice di pace di Fano
nel procedimento penale a carico di Mancinelli Cristiano*

Processo penale - Procedimento dinanzi al giudice di pace - Decreto di citazione a giudizio disposto dalla polizia giudiziaria - Avviso all'imputato della facoltà di presentare domanda di oblazione - Mancata previsione - Disparità di trattamento rispetto agli imputati per reati di competenza del tribunale avvisati, a pena di nullità, ex art. 552 cod. proc. pen. - Lesione del diritto di difesa - Violazione dei criteri di efficienza a cui è improntata l'attività della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 20.
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, comma secondo, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

Nel procedimento n. 33/2003 r.g. e n. 2050/2002 R.G.N.R. a carico di Mancinelli Cristiano, avv. Cagli imputazione art. 186, secondo e sesto premesso che l'imputato ha eccepito preliminarmente l'illegittimità costituzionale dell'art. 20 d.lgs. n. 274/2000 in quanto non prevede che nell'atto di citazione a giudizio debba indicarsi la facoltà dell'imputato di ricorrere a riti alternativi né le sanzioni conseguenti a tale carenza.

Ritenuto che la Corte costituzionale già si è espressa in caso analogo dichiarando l'illegittimità dell'art. 552 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la nullità della citazione a giudizio in quanto mancante della previsione di ricorrere a riti alternativi e che la questione proposta nel caso di specie appare essere pregiudiziale rispetto al giudizio principale.

Tenuto conto che la giurisprudenza di merito recentemente formatasi ha ritenuto di poter applicarsi l'art. 162-bis c.p. per taluni reati contravvenzionali in quanto per essi le sanzioni originarie sono state modificate dall'art. 52 d.lgs. n. 274/2000 (vedasi ad esempio il reato di cui all'art. 186 n. 2 d.P.R. n. 285/1992) prevedendo esso pena alternativa; letto anche l'art. 58 d.lgs. n. 274/2000 che equipara a pena detentiva la pena dell'obbligo di permanenza domiciliare ed il lavoro di pubblica utilità; che quindi per tali fattispecie l'imputato, sussistendone i presupposti di legge, può essere ammesso all'oblazione.

Considerata la rilevanza della questione attenendo essa all'instaurazione del processo, — ritiene questo giudice che la questione non sia manifestamente infondata sussistendo ragionevole dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 20, d.lgs. n. 274/2000 per violazione dell'art. 3, primo comma Cost. (per discriminazione rispetto agli imputati citati innanzi al tribunale che sono avvisati della possibilità a pena di nullità ex art. 552 c.p.p.);

Dell'art. 24, secondo comma Cost. (per diretta violazione del diritto di difesa da parte dell'imputato che non viene messo a conoscenza della facoltà di chiedere l'oblazione);

Dell'art. 97, primo comma Cost. (perché vi è violazione dei criteri di efficienza a cui dovrebbe essere improntata l'attività pubblica in quanto con il mancato avviso l'imputato non viene incentivato ad accedere al rito alternativo);

P. Q. M.

Accoglie l'eccezione di incostituzionalità, sospende il giudizio in corso e dispone la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Fano, addì 4 marzo 2003

Il giudice di pace coordinatore: TOMASSINI

03C0910

N. 609

*Ordinanza del 6 giugno 2003 emessa dal Tribunale di Potenza
nel procedimento civile tra Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico e Ministero dei beni culturali e ambientali*

Persone giuridiche - Fondazioni - Ente morale «Biblioteca e Pinacoteca Camillo d'Errico» - Ubicazione della sede - Trasferimento coattivo *ope legis* dal Comune di Palazzo San Gervasio (PZ) al Comune di Matera e adeguamento della relativa clausola dello statuto dell'ente - Disparità di trattamento rispetto agli altri enti proprietari di cose di interesse artistico - Violazione dei canoni di logicità e ragionevolezza - Vanificazione della disposizione testamentaria del fondatore - Lesione del diritto alla proprietà privata - Compressione del diritto della fondazione ad ubicare la propria sede in ogni località del territorio nazionale - Violazione della libertà di circolazione e soggiorno.

- Legge 13 luglio 1939, n. 1082, artt. 1 e 2.
- Costituzione, artt. 3, 16 e 42.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza nella causa iscritta al n. 1423/1997 R.G., avente ad oggetto la rivendicazione di universalità mobiliare e vertente tra la «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico», con sede in Palazzo San Gervasio (PZ), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, riconosciuta in ente morale con regio decreto 19 luglio 1914, n. 963, rappresentata e difesa dall'avv. Oreste Cantillo, con studio in Roma, e dall'avv. Giancarlo Viglione, con studio in Venosa (PZ), ove elettivamente domiciliata, giusta procura in margine alla citazione introduttiva del presente giudizio, attore; ed il Ministero dei beni culturali ed ambientali, con sede in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocatura distrettuale dello Stato di Potenza, ove per legge domiciliato, convenuto.

I) — Con citazione notificata in data 9 ottobre 1997, la «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» conveniva in giudizio il Ministero dei beni culturali ed ambientali dinanzi al Tribunale di Potenza. L'attrice esponeva che, con testamento segreto redatto in data 16 ottobre 1897 e pubblicato con verbale rogato dal notaio Antonio Gasparrini da Palazzo San Gervasio (PZ) in data 2 novembre 1897, Camillo D'Errico aveva disposto l'erezione *post mortem* a suo nome di una fondazione avente lo scopo di raccogliere i quadri ed i libri della propria collezione, la cui sede era stata fissata nel comune di Palazzo San Gervasio (PZ), luogo di origine e di residenza della famiglia del testatore; che la fondazione era stata costituita per fini filantropici, essendo destinata a «garantire il godimento di detti beni alla comunità palazzese» ed a «favorire la crescita culturale e morale, del paese», con l'auspicio di fornire «nuove occasioni di sviluppo»; che, con tale intento, il testatore aveva attribuito in dotazione alla costituenda fondazione il palazzo destinato a propria abitazione nel comune di Palazzo San Gervasio (PZ), «affinché diventasse la sede della biblioteca e della pinacoteca», nonché un altro fabbricato nel comune di Palazzo San Gervasio (PZ), «per la costituzione del patrimonio dell'ente»; che, con regio decreto 19 luglio 1914, n. 963, la raccolta artistica e bibliografica era stata eretta in ente morale sotto la denominazione di «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico»; che, con regio decreto 16 dicembre 1916 (*recte*: 16 dicembre 1915), n. 1926, lo statuto,

della fondazione era stato approvato, stabilendosene la sede nel comune di Palazzo San Gervasio (PZ), presso il palazzo adibito ad abitazione del defunto fondatore; che, in tal modo, «dando ... attuazione alle volontà del fondatore» era stato costituito «un vero e proprio diritto di uso pubblico della collezione «D'Errico» in favore della collettività di Palazzo San Gervasio» (PZ); che, essendo insorta una controversia tra gli eredi del fondatore in ordine alla ripartizione del patrimonio relitto, il funzionamento dell'ente morale era stato compromesso, provocando il trasferimento della sede della raccolta artistica e bibliografica nel comune di Matera, in forza della legge 13 luglio 1939 n. 1082, la quale aveva disposto che la raccolta artistica e bibliografica (nella sua consistenza materiale) fosse trasferita presso locali adatti da individuarsi nel comune di Matera a cura del Ministero per l'educazione nazionale, salva la facoltà di quest'ultimo di aggregarla ad altre istituzioni similari della città (art. 1), e che lo statuto dell'ente morale fosse riformulato, con un successivo decreto reale, nelle parti abbisognevole di adeguamento in conseguenza del trasferimento della raccolta (art. 2); che, tuttavia, la sede della fondazione era rimasta, di fatto, sempre nel comune di Palazzo San Gervasio (PZ), non essendo stata mai adottata alcuna modificazione dello statuto; che, d'altra parte, la legge 13 luglio 1939, n. 1082 non aveva «... in alcun modo inciso sul patrimonio della fondazione e sulla proprietà dei quadri e dei libri della collezione D'Errico, dei quali è stato sempre proprietario l'ente, sicché l'unico organo legittimato a disporne è il consiglio di amministrazione dello stesso»; che, pertanto, la fondazione era rimasta in vita, senza essere privata «né della proprietà delle collezioni né dei poteri gestionali connessi, che non furono affatto attribuiti ad un soggetto diverso, se non per la necessaria custodia nei nuovi locali», per cui «... le norme in questione assolutamente nulla dispongono — né avrebbero potuto farlo — circa la proprietà o il possesso *jure proprietatis* dei beni, i quali non hanno mai cessato di «appartenere all'ente morale ..., né sono stati sottratti *ope legis* alla gestione del medesimo»; che, ancora, «la modifica dello statuto dell'ente, ai fini del trasferimento della sede in Matera, fu prevista manifestamente, proprio perché l'ente — la cui esistenza è legata, anche sul piano dell'amministrazione del patrimonio immobiliare, al perseguimento dello scopo di fondazione, cioè alla conservazione e gestione della biblioteca e pinacoteca — potesse continuare a svolgere i suoi compiti istituzionali in Matera, dal momento che, «... se lo scopo della legge fosse stato diverso, di privare, cioè, l'ente di tale essenziale funzione, esso avrebbe dovuto essere messo in liquidazione, per il venir meno dello scopo»; che, ciò nonostante, la Soprintendenza per i beni artistici e storici di Matera, la quale ha l'attuale detenzione della collezione, non ha dato alcun riscontro alle richieste di restituzione da parte della «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico», ma, viceversa, «... ha manifestato al comune di Matera la “volontà di allestire e gestire” una mostra permanente comprendente, tra l'altro, le opere della collezione D'Errico»; che, a tal fine, si è pervenuti all'elaborazione di uno schema di convenzione tra la Soprintendenza per i beni artistici e storici di Matera, il comune di Matera, la «Fondazione Carlo Levi» ed il «Centro Carlo Levi».

Su tali premesse, essa chiedeva al giudicante, in via principale, di riconoscere alla «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» la proprietà della pinacoteca «Camillo D'Errico» e di condannare il Ministero dei beni culturali ed ambientali alla restituzione in suo favore delle opere artistiche, e, in via secondaria, di sollevare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge 13 luglio 1939, n. 1082 per violazione degli artt. 2 e 42 Cost.

Con comparsa depositata in data 9 gennaio 1998, il Ministero dei beni culturali ed ambientali si costituiva in giudizio, eccependo, nel rito, l'improponibilità e l'inammissibilità, e, nel merito, l'infondatezza, in fatto ed in diritto, delle domande attoree.

All'udienza di trattazione del 17 aprile 1998, l'attrice emendava i *petita* proposti in sede introduttiva, chiedendo, in via secondaria, nel caso di riconoscimento in capo al convenuto della detenzione della pinacoteca «Camillo D'Errico», con le funzioni di custodia e manutenzione, di condannare lo stesso a non compiere alcun atto di disposizione della pinacoteca «Camillo D'Errico», nonché a consentirle di godere e disporre liberamente della pinacoteca «Camillo D'Errico», seppure con il limite di non potere trasferire la collezione dalla sede di Matera. Con ordinanza resa dal giudice istruttore in data 30 giugno 1999, l'istanza proposta dall'attrice per il sequestro giudiziario della collezione era rigettata.

Con ordinanza resa dal collegio in data 29 ottobre 1999, il reclamo proposto avverso il provvedimento denegativo della tutela cautelare era respinto. Indi, la causa era rimessa in decisione sulle conclusioni rassegnate all'udienza dal 17 maggio 2002. Con sentenza non definitiva emessa in data 28 ottobre 2002 e depositata in data 19 dicembre 2002, la «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» era riconosciuta unica ed esclusiva proprietaria della pinacoteca «Camillo D'Errico». Contestualmente, si disponeva la prosecuzione del giudizio per valutare la conformità della legge 13 luglio 1939, n. 1082 ai parametri sanciti — in epoca successiva — dall'ordinamento costituzionale in tema di libertà e proprietà degli enti privati, nella prospettiva di rimetterne d'ufficio — in relazione al *petitum* principale e non al *petitum* secondario (come prospettato dall'attrice) — il vaglio al giudice delle leggi.

II) — Ciò detto circa lo sviluppo dell'*iter* processuale, si impone un dettagliato ed accurato riepilogo degli antefatti extragiudiziali.

Con testamento segreto redatto in data 16 ottobre 1897 e pubblicato con verbale rogato dal notaio Antonio Gasparrini da Palazzo San Gervasio (PZ) in data 2 novembre 1897, il cav. Camillo D'Errico disponeva la costituzione a suo nome di una fondazione avente lo scopo di raccogliere i quadri ed i libri della propria collezione («È mia esclusiva volontà ... che l'intero palazzo di mia attuale e costante abitazione, nel quale visse e morì il mio adorato e compianto genitore, e nel quale si contengono tanti preziosi dipinti, opera di celebrati pittori e tanti libri tutti da me acquistati, rimanga esclusivamente destinata per uso di biblioteca e pinacoteca, nel modo come si troverà all'epoca del mio decesso»), stabilendone la sede nel comune di Palazzo San Gervasio (PZ) («La Pinacoteca e la Biblioteca saranno in perpetuo alloggiate nel detto mio palazzo di abitazione come ora lo sono»).

Contestualmente, il testatore conferiva in dotazione alla costituenda fondazione, oltre al palazzo destinato a propria abitazione nel comune di Palazzo San Gervasio (PZ), anche un altro fabbricato nel comune di Palazzo San Gervasio (PZ) («Per dotazione in perpetuo della pinacoteca e biblioteca, oltre al Palazzo intero, assegno l'altro palazzo che sta di fronte, e che ora è sede della pretura e del municipio ...»).

Inoltre, per assicurare l'attuazione della disposizione testamentaria, il fondatore designava esecutore testamentario il congiunto Vincenzo Lichinchi, incaricandolo di curare gli adempimenti necessari all'acquisto della personalità giuridica («Il ... mio congiunto Vincenzo Lichinchi rimane specialmente incaricato di provocare il decreto regio, per la erezione in ente morale della pinacoteca e della biblioteca, che porteranno il mio nome e cognome; «Esso mio congiunto provvederà ad iniziare ed espletare tutte le pratiche necessarie per conseguire il detto decreto di erezione in ente morale della pinacoteca e della biblioteca»).

Indi, con regio decreto 19 luglio 1914, n. 963, la raccolta artistica e bibliografica era eretta in ente morale sotto la denominazione di «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico». Ancora, con regio decreto 16 dicembre 1915, n. 1926, si dava corso all'approvazione dello statuto della fondazione, con il quale:

si sanciva l'istituzione nel comune di Palazzo San Gervasio (PZ), «per lascito del cav. Camillo D'Errico», di una «Biblioteca e Pinacoteca che prende il nome di “Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico” ...» (art. 1);

si fissava la sede della fondazione «nel Palazzo del cav. Camillo D'Errico a tale scopo destinato in Palazzo San Gervasio al corso Manfredi ... », nei cui locali «... il cav. D'Errico ha raccolto a proprie spese nell'interesse dell'arte e delle lettere quadri e libri, già di sua proprietà e da lui donati al nuovo Ente» (art. 2);

si stabiliva la dotazione della fondazione, individuandosi le singole componenti del suo patrimonio (art. 3);

si affidava la gestione della fondazione ad «... un Consiglio di amministrazione di cinque membri ...», il quale era composto dal sindaco del comune di Palazzo San Gervasio (PZ), in qualità di Presidente, dal «loCALE regio ispettore per i monumenti», dal conservatore della pinacoteca e della biblioteca, nonché «da due altre persone, tra le quali uno dei successori del fondatore, scelte dal consiglio del comune», in qualità di consiglieri, per la durata di un biennio e con la possibilità di conferma (art. 4);

si ponevano limitazioni nella composizione dell'organo amministrativo (art. 5);

si regolamentavano le attribuzioni ed il funzionamento dell'organo amministrativo (artt. 6, 7, 8 e 9);

si disciplinavano la nomina e le funzioni del conservatore della pinacoteca e della biblioteca (artt. 10 e 11);

si prevedeva il riconoscimento di compensi per il conservatore della pinacoteca e della biblioteca, nonché per il personale di custodia (art. 12).

Indi, a causa del suo scarso funzionamento, il consiglio di amministrazione della fondazione era sciolto con decreto ministeriale 8 luglio 1931, nominandosi in sua vece, una prima volta, nel 1931, e, una seconda volta, nel 1938, un commissario straordinario (leggasi la «relazione ministeriale sulle vicende storico-giuridiche della collezione D'Errico» nel fascicolo di parte convenuta).

Tuttavia, sul presupposto che la disposizione testamentaria fosse stata frustrata, in parte, dal contegno ostile degli eredi del fondatore e, in parte, dalle condizioni del luogo ove era stata posta la sede dell'ente morale (leggansi i lavori preparatori negli atti della Camera dei fasci e delle corporazioni nel fascicolo di parte attrice), il legislatore perveniva alla determinazione di trasferire l'intera raccolta artistica e bibliografica dal comune di Palazzo San Gervasio (PZ) al comune di Matera. Ciò considerando che, «per quanto ci si debba dolere che le volontà del benemerito fondatore, vengano così alterate, nondimeno si deve pure riconoscere che in tal modo, sia la biblioteca che la pinacoteca verranno di certo meglio conservate e potranno trovare chi le tenga nel debito pregio, ciò che non accadeva in Palazzo San Gervasio, come è dimostrato dal fatto che per ben due volte il Ministero per l'educazione nazionale dovette sciogliere la commissione amministratrice dell'Ente» (leggansi i lavori preparatori negli atti della Camera dei fasci e delle corporazioni, di cui trovasi annessa una copia nel fascicolo di parte

attrice). Peraltro, «essendo Palazzo San Gervasio un centro prevalentemente agricolo, la biblioteca e la pinacoteca non avevano richiamato larga attenzione da parte degli studiosi e dei cultori d'arte» (leggansi i lavori preparatori negli atti della Camera dei fasci e delle corporazioni nel fascicolo di parte attrice).

Conseguentemente, veniva approvata la legge 13 luglio 1939 n. 1082, la quale disponeva che la raccolta artistica e bibliografica (nella sua consistenza materiale) fosse trasferita presso i locali adatti da individuarsi nel comune di Matera a cura del Ministero per l'educazione nazionale, salva la facoltà di quest'ultimo di aggregarla ad altre istituzioni similari della città (art. 1), e stabiliva che con un successivo decreto reale si provvedesse alla riformulazione dello statuto dell'ente morale nelle parti abbisognevole di adeguamento in conseguenza del trasferimento della raccolta (art. 2).

In seguito, si provvedeva all'emanazione del regio decreto 2 ottobre 1940 n. 1588, il quale portava il regolamento di esecuzione della citata legge 13 luglio 1939 n. 1082, dettando una più capillare disciplina in ordine alla conservazione ed alla amministrazione dei beni appartenenti all'ente morale. Per la precisione, al Ministero per l'educazione nazionale (ora al Ministero dei beni culturali ed ambientali) erano conferiti i «poteri di gestione e di amministrazione» limitatamente al patrimonio dell'ente morale, diverso da quello artistico e bibliografico, al punto da stabilire la destinazione ritenuta più conveniente nell'interesse dell'ente morale e procedere ad atti di disposizione, con l'obbligo, in caso di alienazione, di tramutare il corrispettivo in titoli del debito pubblico vincolati a favore dell'ente morale. Quanto, invece, al complesso artistico e bibliografico, era assicurata la riserva di una «distinta amministrazione e gestione», anche quando si fosse verificata l'ipotesi dell'«aggregazione» ad altre istituzioni similari della città di Matera. In esecuzione delle cennate disposizioni di rango legislativo e regolamentare, si procedeva al trasferimento della collezione artistica e della collezione bibliografica dal comune di Palazzo San Gervasio (PZ) al Comune di Matera (da cui, all'epoca, era stabilita la dipendenza sul piano amministrativo), ove era depositata presso il Museo «Domenico Ridola».

III) — Con la sentenza non definitiva resa tra le parti nel presente giudizio, si è riconosciuto che la «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» è l'unica ed esclusiva proprietaria della collezione artistica e della collezione bibliografica, risalendone l'acquisto alla costituzione della fondazione del testamento.

Ad avviso del giudicante, la «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» non era stata affatto privata dell'appartenenza della universalità mobiliare ad opera della legge 13 luglio 1939 n. 1082, la quale aveva disposto che la raccolta artistica e bibliografica (nella sua consistenza materiale) fosse trasferita presso i locali adatti da individuarsi nel comune di Matera a cura del Ministero per l'educazione nazionale, salva la facoltà di quest'ultimo di aggregarla ad altre istituzioni similari della città (art. 1), e che lo statuto dell'ente morale fosse riformulato, con un successivo decreto reale, nelle parti abbisognevole di adeguamento in conseguenza del trasferimento della raccolta (art. 2).

Stando al tenore delle norme richiamate, l'intenzione legislativa non era stata nel senso di provocare un'anomala ablazione *ex lege* della proprietà della collezione artistica e della collezione bibliografica, con l'apprensione della pubblica amministrazione e la spoliazione dell'ente privato.

Invero, i poteri riconosciuti alla pubblica amministrazione erano limitati alla materiale conservazione, della pinacoteca e della biblioteca, concernendo la collocazione in locali idonei e l'aggregazione ad altre istituzioni similari nel comune di Matera. Nè il regio decreto 2 ottobre 1940 n. 1588, portante il regolamento di esecuzione della legge 13 luglio 1939 n. 1082, aveva in qualche modo dilatato (*contra legem* o *praeter legem*) le competenze ministeriali in ordine alla custodia della collezione artistica e della collezione bibliografica.

Anzitutto, il regolamento aveva conferito alla pubblica amministrazione il potere di «... dare al patrimonio dell'ente, diverso da quello artistico e bibliografico, la destinazione ...» ritenuta «... più conveniente nell'interesse stesso dell'ente e procedere ad atti di disposizione del patrimonio stesso con l'obbligo, in caso di vendita, di tramutare il corrispettivo in titoli di debito pubblico vincolati a favore dell'ente».

Quanto, invece, al complesso artistico e bibliografico, era stata assicurata la riserva di una «distinta amministrazione e gestione», anche quando si fosse verificata l'ipotesi dell'«aggregazione» «ad altre istituzioni similari della città di Matera». A ben vedere, la dizione letterale della norma regolamentare aveva previsto la coesistenza e la concorrenza delle facoltà dominicali della «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» e delle potestà autoritative del Ministero dell'educazione nazionale (ora del Ministero dei beni culturali ed ambientali), delineando una netta separazione ed una chiara delimitazione delle rispettive sfere di attribuzione. Difatti, mentre l'amministrazione e la gestione delle raccolte — anche in ipotesi di aggregazione ad altre istituzioni similari della città di Matera — era (e non poteva che essere) riconosciuta all'ente privato, costituendo una modalità di esercizio del diritto di proprietà, presupponente la disponibilità giuridica dell'*universitas rerum*, la manutenzione e la conservazione delle raccolte — in ipotesi diversa dall'aggregazione ad altre istituzioni similari della città di Matera con

l'assenso all'utilizzo del relativo personale — era (e non poteva che essere) riconosciuta alla pubblica amministrazione, costituendo una modalità di esercizio del potere di custodia, presupponente la detenzione materiale dell'*universitas rerum*.

In tal senso, non può tralasciarsi la considerazione — del resto, evidenziata anche nella «relazione ministeriale sulle vicende, storico-giuridiche della collezione D'Errico» nel fascicolo di parte convenuta — che la legge 13 luglio 1939, n. 1082 («Trasferimento dell'ente «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» da Palazzo San Gervasio a Matera») era coeva alla legge 1° giugno 1939, n. 1059 («Tutela delle cose d'interesse artistico e storico»), ricalcandone l'ispirazione tesa alla conformazione del contenuto della proprietà privata agli interessi pubblici nel settore del godimento e della disposizione dei beni artistici.

Onde, tenendo conto che l'art. 14 della legge 1° giugno 1939, n. 1059 ha contemplato la facoltà della pubblica amministrazione di provvedere direttamente alle opere necessarie ad assicurare la conservazione e ad impedire il deterioramento delle cose appartenenti ad enti od istituti legalmente riconosciuti e, ove trattasi di cose mobili, di farle anche asportare e temporaneamente custodire in pubblici istituti, appare evidente che la peculiarità della legge 13 luglio 1939, n. 1082 è consistita nell'anomala attribuzione alla pubblica amministrazione della funzione di custodire la pinacoteca e la biblioteca nel luogo ove era stata trasferita *ex lege* la sede della fondazione, con una sorta di presunzione *juris et de jure* circa la necessità dell'intervento pubblico per soddisfare le esigenze di manutenzione e di conservazione della collezione artistica e della collezione bibliografica.

Pertanto, al di là di tale singolarità, lo statuto dominicale della pinacoteca «Camillo D'Errico» non poteva (e non può) che ricalcare il regime introdotto dalla legge 1° giugno 1939, n. 1059 per la generalità degli «enti o istituti legalmente riconosciuti». Per cui, tenuto conto che la legge 1° giugno 1939, n. 1059 ha dettato una speciale regolamentazione dell'appartenenza a soggetti privati delle cose d'interesse artistico e storico, senza comportare alcuna privazione dei diritti individuali, non si può che riconoscere alla «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» la piena ed esclusiva proprietà della collezione-artistica.

IV) — Su tali premesse in punto di diritto, l'adito giudicante valuta, comunque, di dover sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge 13 luglio 1939, n. 1082 denunciando la violazione degli artt. 3, 18 e 42 Cost.

V) — La questione appare senz'altro rilevante ai fini della decisione. Invero, oltre al riconoscimento della proprietà, della pinacoteca e della biblioteca, la «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» ha chiesto la condanna del Ministero dei beni culturali ed ambientali alla restituzione della collezione artistica.

Come è noto, l'azione di rivendicazione (art. 948 cod. civ.) è, al contempo, ricognitiva della proprietà e recuperatoria del possesso di un bene. Più precisamente, l'accertamento della proprietà è il presupposto della condanna alla restituzione del possesso. Comunque, ciò non esclude la configurabilità di un'azione di rivendicazione meramente ricognitiva della proprietà (benché con assoluta immutabilità dell'*onus probandi* — *ex plurimis*: Cass., 21 febbraio 1994, n. 1650; Cass., 9 giugno 2000, n. 7894), essendo possibile che l'attore non abbia un immediato interesse ad essere reimmesso nel possesso del bene.

Nella specie, la «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» ha proposto entrambe le forme di *rei vindicatio*, subordinando l'esame del *petitum* meramente ricognitivo alla reiezione del *petitum* recuperatorio.

Ora, la restituzione alla fondazione della collezione artistica postula la materiale trasferibilità dei beni controversi dal comune di Matera al comune di Palazzo San Gervasio (PZ). Ma l'eseguibilità in siffatti termini di un'eventuale pronuncia di condanna viene ad essere preclusa, allo stato attuale, dall'art. 1 della Legge 13 luglio 1939 n. 1082, il quale ha statuito, per l'appunto, che la pinacoteca e la biblioteca debbano essere conservate nel comune di Matera, ove è stata trasferita *ex lege* anche la sede della fondazione.

In proposito è significativo che il Consiglio di Stato, adito in sede consultiva sulla odierna contesa, abbia ritenuto (con parere espresso in data 27 febbraio 1970) che l'abrogazione della legge 13 luglio 1939, n. 1082 sia la condizione imprescindibile per il trasferimento della collezione artistica e della collezione bibliografica dal comune di Matera al comune di Palazzo San Gervasio (PZ) (vedasi la «relazione ministeriale sulle vicende storico-giuridiche della collezione D'Errico» nel fascicolo di parte convenuta).

VI) — La questione non è manifestamente infondata. Come si è detto l'art. 1 della legge 13 luglio 1939, n. 1082 ha disposto che «la «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico», con sede in Palazzo San Gervasio, eretta in ente morale con regio decreto 8 luglio 1914, n. 963, è trasferita a Matera» e che «il Ministero dell'educazione nazionale destinerà all'uopo i locali adatti in Matera, ed ha facoltà di aggregare la pinacoteca e la biblioteca ad altre istituzioni similari della città».

Posto che la legge 1° giugno 1939, n. 1059 era stata approvata in epoca pressoché contestuale alla legge 13 luglio 1939, n. 1082, non si comprende l'esigenza di dettare (peraltro, con una sorta di «legge-provvedimento»)

una disciplina diversificata *ad hoc* per la gestione di una singola raccolta artistica e bibliografica, tenendo conto che le motivazioni illustrate nei lavori preparatori (di cui pure si è data contezza nella esposizione delle vicende storiche) non giustificavano l'apposita introduzione di un regime speciale in deroga alla disciplina generale dei beni artistici.

D'altra parte, quantunque sulla base di una valutazione operata all'indomani dei sopravvenuti mutamenti dell'ordinamento costituzionale (d'altronde, è pacifica l'assoggettabilità al giudizio di legittimità costituzionale delle norme risalenti ad epoca anteriore alla svolta repubblicana), l'eccezionalità della regolamentazione riservata alla «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» viene ad integrare — rispetto agli altri enti privati proprietari di cose di interesse artistico — una palese disparità di trattamento, la quale viola i canoni della logicità e della ragionevolezza (art. 3 Cost.), non trovando alcuna giustificazione nell'esigenza di diversificare il trattamento normativo di fattispecie eterogenee.

Difatti, la configurazione di statuti speciali nelle forme di appartenenza e di godimento dei beni privati (nella specie, si è di fronte ad un singolare regime di carattere eccezionale per una raccolta artistica e bibliografica nel contesto di una peculiare categoria di beni privati di interesse pubblico, per i quali il legislatore ha inteso dettare un complesso organico di regole commisurate alla loro specificità funzionale) postula la consacrazione normativa di circostanze idonee a sorreggere la tipizzazione di una deroga alla disciplina generale.

Ancora, è indubbio che la disposizione censurata ha comportato l'introduzione *ex lege* di una modificazione statutaria dal contenuto destinato a stravolgere la volontà testamentaria del defunto fondatore, il quale aveva stabilmente fissato la sede della «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» nel comune di Palazzo San Gervasio (PZ) («La Pinacoteca e la Biblioteca saranno in perpetuo alloggiate nel detto mio palazzo di abitazione come ora lo sono»).

Ora, per quanto si sia ritenuto fino a qualche anno or sono che lo statuto delle fondazioni è immodificabile sia da parte del fondatore che da parte degli amministratori, ritenendosi che l'art. 16, terzo comma, cod. civ. sia riferito alle sole associazioni, la più recente tendenza interpretativa è orientata nel senso che la possibilità di apportare modifiche agli statuti delle fondazioni è consentita nei ristretti limiti delle variazioni organizzative che non pregiudicano lo scopo programmato (in tal senso, si citano esemplificativamente le ipotesi della creazione di ulteriori fondazioni accessorie, in caso di esuberanza del patrimonio, dell'ampliamento della gamma delle attività finalizzate al raggiungimento dello scopo, della trasformazione, nel caso di esiguità del patrimonio, attraverso la limitazione del campo di attività o attraverso la fusione con una fondazione avente fini analoghi).

In questa prospettiva, il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che, «per quanto concerne le modifiche statutarie ..., in linea di principio, queste sono ammissibili per le fondazioni, come risulta espressamente dall'art. 16, ultimo comma, cod. civ., sempre che siano giustificate e, fermo l'interesse che il fondatore ha inteso realizzare, non siano tali da pregiudicare lo scopo programmato e da travolgere i connotati inderogabili della fattispecie, quali voluti dal fondatore» (Cons. Stato, 23 marzo 1996, n. 123).

Su tali premesse, l'art. 1 della legge 13 luglio 1939, n. 1082, disponendo il trasferimento coattivo della sede della fondazione dal comune di Palazzo San Gervasio (PZ) al comune di Matera, si mostra lesivo, al contempo, dell'art. 42 Cost. (il diritto di disporre per testamento del proprio patrimonio è un corollario del diritto alla proprietà privata), per la parte in cui adotta una determinazione diretta a vanificare la disposizione testamentaria del fondatore, e dell'art. 16 Cost. (il diritto di stabilire senza limitazioni territoriali, la sede di un ente privato è un corollario del diritto alla libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio nazionale), per la parte in cui comprime (se non sopprime) l'autonomia della fondazione nell'individuare l'ubicazione della propria sede in qualsivoglia località del territorio nazionale.

Nè è plausibile che la *ratio*, sottesa alla legge 13 luglio 1939, n. 1082 si possa inserire — subendo, così, *ex post* un adattamento conformativo ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico — nella sfera dei limiti posti all'esercizio dei diritti tutelati dalle norme costituzionali, essendone irravvisabili le condizioni delineate per ciascuna delle disposizioni vulnerate.

Inoltre, è evidente che siffatte censure di incostituzionalità non possono che riverberarsi sull'art. 2 della legge 13 luglio 1939, n. 1082, trattandosi di disposizione destinata a dare mera attuazione all'art. 1 della legge 13 luglio 1939, n. 1082, attraverso la previsione complementare di una modifica, adeguativa dello statuto della «Biblioteca e pinacoteca Camillo D'Errico» nella clausola relativa alla collocazione geografica della sede.

VII) — Pertanto, sussistendo i presupposti stabiliti dall'art. 23, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 il giudicante dispone la sospensione del presente procedimento e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale per la decisione incidentale della questione pregiudiziale.

P. Q. M.

Così provvede:

- 1) solleva d'ufficio, ritenutane la rilevanza e la non manifesta infondatezza, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge 13 luglio 1939, n. 1082 per violazione degli artt. 3, 16 e 42 Cost.;*
- 2) dispone la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;*
- 3) sospende il presente procedimento;*
- 4) ordina che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza venga notificata alle parti ed al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché venga comunicata al Presidente del Senato ed al Presidente della Camera dei deputati.*

Così deciso in camera di consiglio in data 28 ottobre 2002.

Il giudice unico: LO SARDO

03C0911

N. 610

*Ordinanza del 13 marzo 2003 emessa dal giudice di pace di Bobbio
nel procedimento penale a carico di Vitali Pierangelo*

Processo penale - Guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti - Accertamento dello stato di alterazione fisica e psichica correlata all'uso delle predette sostanze - Mancata previsione di limiti di quantità delle sostanze idonei a determinare lo stato di alterazione, come stabilito per la guida in stato di ebbrezza - Insufficiente determinazione della fattispecie penale.

- Decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della strada), art. 187, commi primo e quarto.
- Costituzione, artt. 25, comma secondo, e 27, comma secondo.

IL GIUDICE DI PACE

Premesso che in data 15 agosto 2002 in località Bobbio (PC) al sig. Vitali Pierangelo veniva contestato di aver guidato la vettura Renault Clio targata PV 800046 in condizioni di alterazione fisica e psichica correlata con l'uso di sostanze stupefacenti, con conseguente esito positivo rilevato presso l'ospedale di Piacenza;

che lo stesso Vitali Pierangelo veniva citato a comparire il giorno 12 dicembre 2002 davanti al giudice di pace di Bobbio quale imputato nel procedimento penale in epigrafe;

che alla predetta udienza il difensore avv. Francesco Poggi del foro di Milano eccepiva incidente di costituzionalità relativo all'art. 187, comma 1 e 4 del codice della strada.

Esponendo quanto segue: all'imputato viene contestato il reato di cui all'art 187 commi 1 e 4, d.lgs. n. 285/1992 che sancisce il divieto di guidare in condizioni di alterazione fisica e psichica correlata con l'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Si tratta all'evidenza di un reato di pericolo concreto: il disvalore si focalizza sulla condotta di porsi alla guida in condizioni di alterazione fisica e psichica derivante dall'uso di stupefacenti o sostanze psicotrope. Evidente la ratio dell'incriminazione: evitare il pericolo connaturato con la circolazione di un autoveicolo condotto da soggetto in stato psico-fisico non ottimale è dunque maggiormente soggetto alla negligenza.

Va anche subito detto che la norma non inibisce di guidare «dopo aver usato stupefacenti l'uso personale di stupefacenti è senza dubbio sanzionato amministrativamente (art. 75, d.P.R. 309/1990) ma la norma qui contestata si ripromette ben altro: di evitare il pericolo di una guida «alterata» fisicamente o psichicamente se l'alterazione deriva dall'uso di stupefacenti. Il che è in fondo ovvio: per sanzionare penalmente una condotta deve esserci un seppur minimo pericolo concreto. Ecco che, dunque, non è inibita la guida a chi ha fatto uso, magari settimane o mesi prima, di stupefacenti ma a chi, per essere attualmente in stato di alterazione fisico-psichica dovuta a tale origine, è di pericolo per sé e per gli altri utenti della strada.

A dispetto di ciò che accade per la guida in stato ebbrezza alcolica, il legislatore non ha previsto alcun limite oltre il quale il soggetto si considera in stato di alterazione fisica o psichica. Se per il combinato disposto dell'art. 186 c.d.s. e 379 reg. c.d.s. è in stato di ebbrezza alcolica il soggetto che risulta, dopo misurazione con strumenti omologati e da parte di personale qualificato, avere un tasso alcolemico superiore a 0,5 mg/l, nessun limite è previsto per determinare lo stato di alterazione fisica o psichica correlato con l'uso di stupefacenti o sostanze psicotrope.

Nel caso della guida in stato di ebbrezza, il cittadino è posto in grado di conoscere il precetto determinato la cui violazione fa scattare l'applicazione della sanzione penale: un bicchiere di vino consente di porsi alla guida in quanto, secondo rilevazioni scientifiche, il tasso alcolemico indotto non è tale da generare un alterazione dello stato psico-fisico in guisa da ridurre l'attenzione alla guida e dunque acuire i pericoli per sé e gli altri, due bicchieri sono al limite e dunque chi si pone alla guida «rischia» di incappare nel precetto, tre bicchieri di vino sono certamente superiori al limite fissato. Ma per il caso previsto dall'art. 187 c.d.s. Naturalmente l'uso personale di sostanze stupefacenti costituisce illecito amministrativo, ma poiché il medesimo articolo prevede una sanzione penale ci si deve porre il quesito della sufficiente determinatezza della fattispecie penale, come richiedono i canoni costituzionali di cui agli artt. 25 comma secondo e 27, comma secondo.

Se dunque il cittadino è posto perfettamente in grado di conoscere l'esatta portata del precetto di cui agli artt. 186 c.d.s. e 379 reg., cosicché trova giustificazione l'applicazione di sanzione penale per chi supera il tasso alcolemico prefissato che, secondo le rilevazioni scientifiche, è tale da determinare il pericolo, se cioè chi beve tre bicchieri di vino e si pone alla guida «rischia» di incappare nel divieto penalmente sanzionato, non altrettanto chiara è la situazione agli occhi del cittadino che si pone alla guida avendo magari annusato un tiro di sigaretta dentro alla quale è contenuta droga leggera giorni e giorni prima di condurre un autoveicolo.

Chi decide che il soggetto in tal caso si trova in stato di alterazione psico-fisica? Quando ci si trova in stato di alterazione psico-fisica tale da determinare il pericolo di incidenti stradali?

Attenzione si badi che non può sovvenire l'ormai noto orientamento giurisprudenziale formatosi in tema di guida in stato di ebbrezza alcolica secondo cui anche in assenza di rilievi con l'etilometro possono ben fondare la responsabilità penale *ex art.* 186 c.d.s. gli indici di alitosi, di lentezza nei movimenti, ecc., riscontrati dalla p.g.

Il punto è questo: gli indici di alitosi, lentezza nella parola, nei movimenti valgono a sopperire all'assenza di rilievo con l'etilometro in quanto, per canoni scientifici comunemente conosciuti, l'alitosi, la lentezza nei movimenti, nella parola sono manifestazioni di uno stato che supera il limite prefissato per legge. Chi si trova in quelle condizioni sicuramente ha un tasso alcolemico superiore a 0,5 mg/l pari a due bicchieri di vino. In sostanza quegli indici sono indici del superamento di un limite previsto e determinato: ma se quel limite non c'è non ha alcun senso chiedersi se determinati sintomi sono indici del superamento di un limite che non esiste. E quindi si ritorna al punto di prima: senza un limite, qualsiasi valutazione è del tutto arbitraria e non è ammissibile, prima di tutto costituzionalmente, demandare l'applicazione di una fattispecie penalmente sanzionata all'arbitrio.

E ciò rileva sotto il profilo dei citati canoni costituzionali. Il principio della riserva di legge in materia penale nonché della tassatività della norma penale e della personalità della pena impone che la sanzione penale venga applicata solo per fatti chiaramente inibiti dal legislatore tanto che possa annettersi disvalore alla condotta del soggetto tale da giustificare l'applicazione della sanzione penale quale meccanismo repressivo. Sotto altro profilo si potrebbe dire che nessuno può essere punito se non gli è dato comprendere quale precetto abbia violato.

Pensiamo al caso di una norma che faccia divieto di guidare in stato di alterazione fisica o psichica derivante dalla febbre. Sarà necessario prevedere, sulla base delle rilevazioni scientifiche, quale grado di stato febbrile (37,5? - 38 ? o più?) è tale da determinare nel fisico umano un calo di performance così da acuire i rischi nella guida. Senza il limite ci troveremmo di fronte ad una norma del tutto indeterminata, giacché è persino di intuitiva evidenza che uno stato febbrile minimo, magari di 37,10, pur essendo febbre, non necessariamente determina alterazione nelle condizioni fisio-psichiche. Senza un limite rischieremmo di applicare il massimo grado della sanzione, ovvero la pena, ad un soggetto che non ha posto in pericolo alcun bene giuridicamente rilevante e non è stato posto in grado di conoscere il disvalore della propria condotta (per quale ragione non si può guidare con un forte raffreddore che determina uno stato febbrile di 37,1?).

Che la fattispecie in questione necessiti di integrazione sotto il profilo della determinatezza è presto dimostrato.

Nel d.lgs. n. 9/2002 recante innovazioni al codice della strada viene ridisegnato il comma 20 dell'art. 187 c.d.s.: «Gli accertamenti sono effettuati con strumenti e modalità stabiliti dal regolamento, ai fini della determinazione delle quantità, indicate in conformità alle previsioni dello stesso regolamento».

Ecco che quindi è lo stesso legislatore a prevedere la necessità di fissare le procedure e i limiti in ragione delle procedure, demandando — come oggi avviene per la guida in stato di ebbrezza — al regolamento.

Senonché il regolamento non è stato — a quanto risulta — emanato per la semplice ragione che l'art. 19 del citato d.lgs. stabilisce l'entrata in vigore del nuovo comma 20 dell'art. 187 c.d.s. al 1° gennaio 2003.

In conclusione, quindi, l'attuale formulazione dell'art. 187 c.d.s. pecca sotto due profili costituzionalmente rilevanti: sotto il profilo del principio della riserva di legge in materia penale con l'ovvio corollario della tassatività della norma penale (la sanzione penale può essere applicata solo quando è chiaro e determinato il precetto

legislativo) e sotto il profilo della responsabilità personale in campo penale con l'ovvia conseguenza della necessità di assoggettare a pena il soggetto nel quale si rinvenga almeno una colpa e la colpa magari non sia del legislatore che non ha chiaramente definito il precetto.

Va poi aggiunta un'ultima considerazione. Sottoporre al sindacato di costituzionalità, nei sensi sopra esposti, la fattispecie penale dell'art. 187 c.d.s. non significa svuotarla di ogni contenuto concreto. Se sotto il profilo penale la materia richiede chiarezza e determinatezza, nel precetto, pena il non senso di una sanzione penale, nulla vieta sotto il profilo amministrativo di applicare provvedimenti amministrativi quali la sospensione o il ritiro della patente. Sotto il profilo amministrativo infatti nulla vieta che per motivi inerenti l'incolumità pubblica l'autorità di p.s. possa inibire la guida a chi fa uso di stupefacenti in quanto pur non recando un pericolo attuale certamente è opportuno diminuire i rischi in via preventiva. Un conto — cioè — è la repressione penale altra cosa è una misura di ordine pubblico o attinente la preservazione dell'incolumità pubblica.

P. Q. M.

Ritenendo non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 187, comma 1 e 4 del codice della strada in relazione agli artt. 25, comma 2 e 27, comma 2;

Dispone ai sensi dell'art. 23, legge 11 marzo 1953, n. 87 l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e la sospensione del giudizio in corso.

Dispone altresì che la cancelleria provveda alla notifica dell'ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, alle parti in causa, al Presidente del Consiglio dei ministri nonché alla comunicazione ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Bobbio, addì 13 marzo 2003

Il giudice di pace: GRASSINI

03C0912

N. 611

*Ordinanza del 14 maggio 2003 emessa dal Tribunale di Vallo della Lucania
nel procedimento civile vertente tra Cavaliere Antonio e A.N.A.S.*

Giustizia amministrativa - Devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di edilizia e urbanistica ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno ingiusto in conseguenza di atti espropriativi ed ablativi - Eccesso di delega.

- Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, art. 34.
- Costituzione, art. 76 in relazione all'art. 11, comma 4, lett. g), legge 15 marzo 1997, n. 59.

IL TRIBUNALE

Nella causa civile n. 147/1999 R.G. avente per oggetto «Revindica e risarcimento danni» tra Cavaliere Antonio, rappresentato e difeso dagli avv. Alfonso Viscardi e Stefania Pontrandolfi, in virtù di mandato a margine dell'atto di citazione, ed elett.te dom.to presso lo studio dell'avv. Gennaro Feo in Casalvelino, alla via Velia, attore; e A.N.A.S. Azienda Autonoma delle Strade, rappresentata e difesa dall'avvocatura distrettuale dello Stato di Salerno, ed elett.te domiciliata presso la stessa in Salerno, C.so V. Emanuele n. 58, convenuta;

Ha pronunciato la seguente ordinanza:

Con atto di citazione notificato il 12 febbraio 1999 Cavaliere Antonio, premesso che L'A.N.A.S. — Compartimento della viabilità della Campania — veniva autorizzata dal Prefetto di Salerno, in data 21 ottobre 1974, ad accedere nel fondo sito in Morigerati, località Mastromarco, censito in Catasto al Fol. 10, p.lle 57 e 197, a seguito di frazionamento operato dall'A.N.A.S. dell'originaria unica p.lla 57;

successivamente, con decreto del 14 febbraio 1975, il Prefetto di Salerno autorizzava l'A.N.A.S. ad occupare in via d'urgenza il predetto fondo;

nel mese di aprile 1976, l'A.N.A.S. occupava il predetto fondo iniziando la costruzione della variante alla S.S. 18 + 517 «Bussentina»;

il predetto, decreto di occupazione d'urgenza scadeva nell'aprile 1978 e da allora l'A.N.A.S. deteneva illegittimamente il predetto fondo, senza alcun titolo, non avendo provveduto a perfezionare il provvedimento ablativo;

Tutto ciò premesso, domandava l'immediato rilascio del fondo, previa riduzione in pristino dello stesso, oltre al risarcimento danni per l'occupazione e per l'eventuale trasformazione irreversibile del fondo stesso.

La convenuta si costituiva solo nell'udienza *ex art.* 184 c.p.c., eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva e la prescrizione dei diritti azionati dall'attore.

Il g.i. invitava le parti a precisare le conclusioni sulla questione relativa al difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Nell'udienza del 14 febbraio 2003 le parti precisavano le conclusioni come in atti e la usa passava in decisione, con la concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

L'art 3, d.lgs. n. 80/1998 stabilisce che «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia».

Per quello che riguarda il problema della successione delle leggi nel tempo, allo scopo di accertare se la normativa in oggetto si applica alla fattispecie che forma oggetto del presente giudizio, deve osservarsi che la norma relativa alla giurisdizione è una norma di diritto processuale. L'art. 25 c.p.c. stabilisce, a questo proposito, che «La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente ed allo stato di fatto esistente ai momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i mutamenti della legge o dello stato medesimo».

La domanda dell'attore è stata proposta con atto di citazione notificato il 12 febbraio 1999, quando era già in vigore la richiamata normativa che determina la giurisdizione del giudice amministrativo.

Ed infatti è stato stabilito che «Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. proposta, in epoca anteriore alla data di inizio di efficacia delle disposizioni dettate in tema di giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 34, d.lgs. n. 80/1998» (Cass. 17 dicembre 2001, n. 15939).

Deve osservarsi, tuttavia, che è stata dichiarata, con sentenza Cass. 25 maggio 2000 n. 43, non manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 34, d.lgs. n. 80/1998, che è stata rimessa alla Corte costituzionale, con la seguente motivazione: «In materia di espropriazioni, l'art. 34, d.lgs. n. 80/1998 trasferisce dal giudice ordinario al giudice amministrativo le controversie in cui si faccia valere il diritto alla riacquisizione del bene occupato senza titolo (per originaria carenza o successiva inefficacia del titolo stesso), ed il diritto al risarcimento del danno per occupazione illegittima.... Ne deriva che non è manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale del citato art. 34, in relazione all'art. 76 Cost., per eccesso di delega conferita dall'art. 11, quarto comma lett. g) della legge n. 59 del 1997, nella parte in cui sottrae al giudice ordinario e devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le cause su diritti soggettivi connessi a comportamenti materiali della pubblica amministrazione in procedure espropriative finalizzate alla gestione del territorio».

Sulla base di tale decisione della S.C., si ritiene opportuno sospendere il presente giudizio e rimettere la medesima questione alla Corte costituzionale, in quanto la soluzione della stessa è rilevante ai fini della decisione.

P. Q. M.

Visto l'art. 4, legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1;

Rimette alla Corte costituzionale la questione della legittimità costituzionale dell'art. 34, d.lgs. n. 80/1998, in relazione all'art. 76 Cost.;

Sospende il presente giudizio, fino alla decisione della Corte costituzionale.

Dispone la trasmissione della presente ordinanza, a cura della cancelleria, alla Corte costituzionale.

Si comunichi alle parti.

Così deciso in Vallo della Lucania in data 14 maggio 2003.

Il giudice monocratico: ISNARDI

N. 612

*Ordinanza del 29 aprile 2003 emessa dal tribunale di Reggio Calabria
nel procedimento penale a carico di Buonocore Ettore Eugenio*

Processo penale - Incompatibilità del giudice - Giudice che ha convalidato l'arresto ad applicato una misura cautelare - Incompatibilità a partecipare al giudizio direttissimo - Mancata previsione - Disparità di trattamento rispetto alle ipotesi di incompatibilità previste per il giudice che, nel medesimo procedimento, ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari - Lesione del principio del giusto processo sotto il profilo dell'imparzialità del giudice.

- Codice di procedura penale, art. 34.
- Costituzione, artt. 3, 24, comma secondo, e 111.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza,

Premesso che Buonocore Ettore è stato tratto in arresto per il reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990;

che il pubblico ministero, ai sensi dell'art. 449 c.p.p., ha condotto l'arrestato dinanzi al giudice per la convalida e il giudizio di merito;

che questo giudice ha convalidato l'arresto e, su richiesta del pubblico ministero, ha applicato nei confronti del Buonocore la misura cautelare della custodia in carcere;

che la trattazione del processo è stata rinviata ad altra udienza avendo l'imputato chiesto termine a difesa;

che la difesa dell'imputato ha prospettato questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, secondo comma del codice di rito con riferimento agli artt. 3, 24, secondo comma e 111, primo e secondo comma della Costituzione nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio direttissimo il giudice che abbia convalidato l'arresto ed applicato una misura cautelare nei confronti dell'imputato;

Rilevato che la questione prospettata è rilevante nel caso di specie in quanto questo giudice ha proceduto alla convalida dell'arresto ed ha applicato al Buonocore la misura cautelare della custodia in carcere in relazione al reato ipotizzato;

Osserva e rileva

Va, innanzitutto, osservato che la Corte costituzionale, con sentenza del 31 maggio 1996 n. 177, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio direttissimo il pretore che abbia convalidato l'arresto ed applicato una misura cautelare nei confronti dell'imputato, sollevata dal Pretore di Savona il 5 ottobre 1995, in riferimento agli artt. 24 e 101 della Costituzione, sul presupposto che la valutazione sulla responsabilità dell'imputato avrebbe potuto essere condizionata dalle decisioni già assunte con pregiudizio dell'imparzialità e dell'obiettività.

La Corte nella citata sentenza (con la quale era stata dichiarata non fondata anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma secondo del codice di rito, sollevata con riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio il giudice che nel dibattimento abbia emanato un provvedimento di custodia cautelare nei confronti dell'imputato per un reato oggetto di contestazione suppletiva) ha osservato che «l'istituto dell'incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento penale concorre ad esprimere la garanzia di un giudizio imparziale, che non sia né possa apparire condizionato da precedenti valutazioni sulla responsabilità penale dell'imputato manifestate dallo stesso giudice, tali da poter pregiudicare la neutralità del suo giudizio. Il principio del «giusto processo», difatti, implica e presuppone che il giudizio si formi in base al razionale apprezzamento delle prove legittimamente raccolte ed acquisite e non sia pregiudicato da valutazioni sul merito dell'imputazione e sulla colpevolezza dell'imputato espresse in fasi del processo anteriori a quella del quale il giudice è investito. Il processo è per sua natura costituito da una sequenza di atti ciascuno dei quali può astrattamente implicare apprezzamenti su quanto risulti nel procedimento ed incidere sui suoi esiti. Non può, quindi, essere frammentato, isolando ogni atto che contenga una decisione idonea a manifestare un apprezzamento di merito ma preordinata, accessoria o incidentale rispetto al giudizio del quale il

giudice è già investito, per attribuire ogni singola decisione ad un giudice diverso, sino a rompere la necessaria unità del giudizio e la sua intrasferibilità. L'incompatibilità del giudice per atti compiuti nel procedimento è determinata da provvedimenti adottati in base alla valutazione di indizi o prove inerenti alla responsabilità penale dell'imputato in fasi precedenti a quelle delle quali il giudice è investito. Essa non necessariamente deve essere estesa sino a collegarla a tutti i provvedimenti con contenuto valutativo emanati dal giudice competente e senza che vi fosse incompatibilità nel momento in cui lo stesso è stato investito del giudizio di merito; giudice che in ragione e nell'esercizio di questa competenza è successivamente chiamato ad adottare misure e provvedimenti accessori o ad esprimere giudizi incidentali, quali sono quelli di carattere cautelare innestati nel dibattimento. In questi casi il provvedimento non costituisce anticipazione di un giudizio che deve essere instaurato, ma, al contrario, si inserisce nel giudizio del quale il giudice è già correttamente investito senza che ne possa essere spogliato: anzi è la competenza ad adottare il provvedimento dal quale si vorrebbe far derivare l'incompatibilità che presuppone la competenza per il giudizio di merito e si giustifica in ragione di essa».

In applicazione dell'enucleato principio, la Corte ha dichiarato la non fondatezza della questione in quanto «non può essere configurata una menomazione dell'imparzialità del giudice, che adotta decisioni preordinate al proprio giudizio o incidentali rispetto ad esso», atteso che «la convalida dell'arresto implica una valutazione sulla riferibilità del reato all'imputato, condotto in giudizio, ma è attribuita alla cognizione del giudice competente per il merito, cui è devoluta la convalida ed il contestuale giudizio, al quale accede ogni altro provvedimento cautelare» e «il giudice del dibattimento, al quale è presentato l'imputato per il giudizio direttissimo, si pronuncia pregiudizialmente, con la convalida dell'arresto, sull'esistenza dei presupposti che gli consentono di procedere immediatamente al giudizio ed è competente ad adottare incidentalmente misure cautelari, attratte nella competenza per la cognizione di merito».

La Corte di cassazione, con sentenza del 30 luglio 1998 n. 2199, si è espressa nello stesso senso, riaffermando il principio della insussistenza di incompatibilità a partecipare al giudizio direttissimo del giudice che abbia convalidato l'arresto ed applicato una misura cautelare nei confronti dell'imputato perché lo stesso giudice che ha proceduto alla convalida è automaticamente designato a svolgere il giudizio direttissimo rispetto al quale sono preordinati quegli atti che lo stesso giudice deve compiere e che proprio perché funzionali allo svolgimento di quel rito non costituiscono pronunce autonome che possono determinare pregiudizio.

Va osservato che la Corte costituzionale ha seguito il medesimo principio statuito nella richiamata sentenza n. 177/1996, secondo cui all'interno di ogni singola fase le varie decisioni emesse da uno stesso giudice non costituiscono causa di incompatibilità, in quella n. 51/1997, laddove ha dichiarato inammissibile sia la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, secondo comma del codice di rito sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio il giudice che ha applicato una misura coercitiva, sia quella relativa al combinato disposto degli artt. 34, 279 e 299 del codice di rito sollevata con riferimento agli artt. 24 e 25 della Costituzione nella parte in cui attribuiscono la competenza a pronunciarsi sui provvedimenti cautelari concernenti la libertà personale dell'imputato al giudice del dibattimento, anziché ad un diverso ed autonomo giudice, nonché ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 299 c.p.p. sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione nella parte in cui, secondo il diritto vivente, precluderebbe di valutare, dopo il decreto che dispone il giudizio, la persistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai fini della revoca di una misura cautelare.

In questi casi la Consulta ha affermato che l'attribuzione della competenza c.d. accessoria sui provvedimenti *de libertate* al giudice del dibattimento è pienamente legittima, in primo luogo, perché l'opzione in tal senso rientra nella discrezionalità del legislatore; poi, perché affermare l'incompatibilità del giudice del dibattimento chiamato a pronunciarsi su misure cautelari equivarrebbe a fornire all'imputato uno strumento per spogliare dei suoi poteri il giudice titolare del giudizio.

Successivamente alle predette pronunce, il legislatore ha introdotto due significative innovazioni.

Con decreto legislativo 19 febbraio 1998 n. 51 (con effetto dal 2 giugno 1999, in virtù di quanto disposto dall'art. 247 dello stesso decreto, come modificato dall'art. 1 della legge 16 giugno 1998 n. 188 e, poi, dal giugno 2000 in virtù dell'art. 3 del d.l. 24 maggio 1999 n. 145, convertito con modifiche nella legge 22 luglio 1999 n. 234) è stato inserito all'art. 34 del codice di rito il comma 2-bis che prevede che «il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere l'udienza preliminare; inoltre, anche fuori dei casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio».

Con legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 è stato novellato l'art. 111 della Costituzione attraverso l'inserimento della previsione che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo ed imparziale».

Orbene, con la prima innovazione normativa citata, il legislatore ha scandito all'interno della stessa fase delle indagini preliminari due sub fasi, quella delle indagini preliminari in senso stretto e, quella, dell'udienza preliminare ed ha introdotto una nuova ipotesi di incompatibilità, imponendo al giudice che ha nel medesimo procedimento esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari (g.i.p.) di non tenere l'udienza preliminare (di non fungere, quindi, da g.u.p.) di non partecipare al giudizio (abbreviato od ordinario) anche fuori dei casi previsti dal secondo comma dell'art. 34 del codice di rito.

Tale ipotesi di incompatibilità trova il suo aggancio proprio nell'art. 111 della Costituzione appena novellato.

Il principio costituzionale del giusto processo, sotto il profilo dell'imparzialità del giudice, infatti, opera attraverso l'istituto della incompatibilità in relazione allo svolgimento di attività valutative e decisionali nell'ambito dello stesso procedimento penale e la citata ipotesi di incompatibilità vale a determinarne contenuto e portata.

Sul rilievo attribuito dal legislatore nell'ambito della medesima fase processuale (fase delle indagini) alle due diverse sub fasi, si prospetta la necessità di verificare se analoga *ratio* di incompatibilità si configuri in relazione al rito speciale direttissimo, avuto riguardo alla scansione delle due diverse sub fasi che lo costituiscono, quella introduttiva del giudizio di convalida e dell'eventuale deliberazione in materia cautelare e, quella, dei giudizi di merito.

Costituisce, certamente, violazione del principio di uguaglianza il disciplinare in maniera difforme situazioni analoghe.

L'ipotesi del g.i.p. che, nella sub fase procedimentale, procede alla convalida dell'arresto e ad emettere decisione in materia *de libertate* e del g.u.p. che, nella sub fase processuale, celebra l'udienza preliminare, sostanzialmente non è dissimile, anzi, è analoga, a quella del giudice, che, nella prima sub fase, procede alla convalida dell'arresto e decide in materia cautelare e, poi, nell'altra sub fase, procede alla celebrazione del giudizio di merito.

Questo giudice, pertanto, dubita della legittimità costituzionale dell'art. 34 del codice di rito nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio direttissimo (sub fase processuale) il giudice che, nella sub fase introduttiva, abbia convalidato l'arresto ed applicato una misura cautelare.

La specialità del rito non giustifica ragionevolmente una diversa disciplina rispetto a quella prevista nell'ambito della fase delle indagini preliminari.

Il principio costituzionale del giusto processo, sotto il profilo dell'imparzialità del giudice, non può trovare applicazione diversa in situazioni simili e, pertanto, sotto questo profilo, subisce indubbiamente pregiudizio dalla previsione che sia il medesimo giudice a procedere alla convalida dell'arresto ed eventualmente a decidere in materia cautelare e, poi, al giudizio di merito.

Ne consegue che si sospetta della legittimità costituzionale dell'art. 34 del codice di rito nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio direttissimo il giudice che abbia convalidato l'arresto ed applicato una misura cautelare nei confronti dell'imputato in relazione agli artt. 3, 24, secondo comma e 111 della Costituzione.

P. Q. M.

Promuove giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 34 del codice di rito nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio direttissimo il giudice che abbia convalidato l'arresto ed applicato una misura cautelare nei confronti dell'imputato in relazione agli artt. 3, 24, secondo comma e 111 della Costituzione, essendo la relativa questione rilevante nel giudizio in corso e non manifestamente infondata.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e la sospensione del giudizio in corso.

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e che la stessa sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Reggio Calabria, addì 29 aprile 2003

Il giudice monocratico: TALRICO

03C0914

N. 613

*Ordinanza dell'11 giugno 2003 emessa dal T.a.r. per l'Emilia-Romagna
sul ricorso proposto da Consorzio Irriguo del Canale di Felino ed altro contro Regione Emilia-Romagna ed altro*

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 350/99 promosso da Consorzio Irriguo del Canale di Felino e il socio consorziato Fausto Fochi, rappresentati e difesi dall'avv. prof. Franco Bassi e avv. Renzo Rosolini ed elettivamente domiciliati in Bologna, via Mazzini n. 2/3, presso lo studio dell'avv. Roberto Miniero;

Contro: Regione Emilia-Romagna, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Baccolini e Francesco Rizzo ed elettivamente domiciliata presso gli stessi in Bologna, via San. Gervasio n. 10;

Nonché contro Consorzio della Bonifica Parmense, non costituito;

In punto a: annullamento delibere di soppressione della società ricorrente (giunta reg. 19 ottobre 1998 n. 1834, cons. reg. 23 novembre 1998 n. 1028, presidente Consorzio Bonifica Parmense 5 gennaio 1999 n. 98).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione intimata;

Vista l'ordinanza di questa sezione n. 6/2000;

Vista l'ordinanza della Corte costituzionale n. 13/2002 di restituzione degli atti;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Grazia Brini;

Uditi alla pubblica udienza del 6 febbraio 2003 gli avv. F. Bassi e S. Baccolini;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

In applicazione dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 il consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna, su proposta della giunta, sopprimeva la società ricorrente con effetto dal 1° gennaio 1999, stabilendo altresì che il Consorzio della Bonifica Parmense le subentrasse nell'esercizio dei compiti e delle funzioni nonché nei rapporti giuridici in atto.

Con il ricorso indicato all'epigrafe la società ricorrente impugnava il provvedimento di soppressione. L'impugnazione si basava sostanzialmente su due ordini di censure, il primo delle quali involgeva l'estraneità della società ricorrente alla previsione soppressiva, mentre il secondo riguardava l'illegittimità costituzionale della stessa in relazione agli artt. 117, 2, 18, 41, 42 e 43 della Costituzione.

Si costituiva e resisteva in tutti i ricorsi la Regione Emilia-Romagna.

Con ordinanza n. 6/2000 questo Tribunale amministrativo ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 della Regione Emilia-Romagna in relazione agli articoli 117, 2, 18, 42 e 43 della Costituzione.

Con ordinanza n. 13/2002 la Corte costituzionale ha considerato che la suddetta questione di legittimità costituzionale è stata prospettata anzitutto in relazione al superamento del limite dei principi fondamentali che emergono dalla legislazione statale nella materia della bonifica e che vincolano la potestà regionale, invocandosi come parametro l'art. 117 della Costituzione e che, successivamente all'emanazione dell'ordinanza di rimessione è stata promulgata ed è entrata in vigore la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione; in considerazione del mutamento della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ha ritenuto necessario disporre la restituzione degli atti al giudice remittente per un nuovo esame dei termini della questione.

Riassunto ritualmente il processo, le parti hanno affrontato in questa fase la questione alla stregua del nuovo testo costituzionale.

Secondo parte ricorrente i profili di incostituzionalità permangono: *a)* per i limiti che la legislazione regionale incontrerebbe nella materia, di legislazione concorrente, del governo del territorio (alla quale andrebbe ricondotta la disciplina della bonifica integrale); *b)* per l'invasione di aree appartenenti alla legislazione esclusiva dello Stato nella materia «ordinamento civile e penale», cui darebbe luogo la previsione della soppressione di enti privati; *c)* con riguardo al nuovo testo dell'art. 118, quarto comma, secondo il quale le Regioni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di solidarietà.

Secondo la Regione: *a)* la materia della bonifica integrale rientrerebbe invece in quella dell'«agricoltura e foreste», ex art. 66 d.P.R. n. 616/1977, in ordine alla quale le Regioni non incontrerebbero vincoli, non essendo più ricompresa tale materia fra quelle di competenza concorrente; *b)* non sussisterebbe interferenza nella materia dell'ordinamento civile posto che la norma in questione ha introdotto una disciplina pubblicistica con mere interferenze nei rapporti privatistici, ma senza ricadute sull'ordinamento generale; *c)* non sussisterebbe l'interesse dei ricorrenti ad ottenere una pronunzia di incostituzionalità che comunque, in denegata ipotesi, non potrebbe che essere limitata nel tempo e non precluderebbe l'adozione di un nuovo provvedimento di soppressione.

All'udienza del 6 febbraio 2003, dopo ampia discussione fra le parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

D I R I T T O

1. — Come si è esposto in fatto, la causa torna in decisione dopo che la Corte costituzionale, con ordinanza n. 13/2002, ha restituito gli atti al giudice remittente in considerazione dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione.

Alla stregua del principio di autonomia di ciascun giudizio di costituzionalità in via incidentale si procede a rivalutare la questione nella sua interezza.

2. — In applicazione dell'art. 4 della legge n. 16/1987 il consiglio regionale, su conforme proposta della giunta, ha soppresso la società ricorrente assumendo, a fondamento della propria decisione, le seguenti circostanze: la società risulta strutturata come ente ad autonomia piena con compiti irrigui, in analogia con l'attività svolta di norma dai consorzi di bonifica; le suddette funzioni sono oggi di competenza dei consorzi di bonifica, essendo intervenuta la classificazione di bonifica dell'intero territorio in cui opera il citato consorzio; la società opera in base all'atto costitutivo dal quale si evince che l'ente si configura di fatto come consorzio irriguo.

3. — La sezione non ha condiviso la prospettazione principale della ricorrente, in forza della quale la stessa, non avendo veste pubblicistica né essendo consorzio irriguo di natura amministrativa, sarebbe stata erroneamente assoggettata alla previsione di soppressione contenuta all'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 (sent. n. 616/2000).

Con tale legge la Regione infatti, al dichiarato fine «di conseguire il necessario coordinamento degli interventi pubblici e privati», ha ritenuto di sottoporre a regime di bonifica l'intero territorio regionale (art. 3, primo

comma, già ritenuto dalla Corte costituzionale conforme agli artt. 117, 97 e 18 della Costituzione con la sentenza n. 66/1992); ha previsto l'istituzione, per ogni ambito, di un solo consorzio di bonifica destinato a succedere in tutti i diritti e gli obblighi ai preesistenti consorzi ricadenti in tutto o in parte nel comprensorio (art. 3, quarto comma); nell'ambito di tale riorganizzazione, ha soppresso (art. 4), per farle confluire nei nuovi consorzi, tutte le preesistenti forme di gestione («Sono soppressi i consorzi idraulici, di difesa, di scolo e di irrigazione nonché ogni altra forma di gestione non consortile di opere o sistemi di scolo ed irrigui, che ricadono nei comprensori delimitati ai sensi del secondo comma del precedente art. 3»).

È evidente pertanto la volontà del legislatore regionale di ricomprendere in tale previsione tutte le gestioni riconducibili alle funzioni indicate, ancorché di natura privata ed ancorché titolari di concessioni statali di grande derivazione.

Poiché la norma rappresenta il presupposto esclusivo e diretto dell'impugnato provvedimento di soppressione, un'eventuale dichiarazione di fondatezza della sollevata questione implicherebbe, per ciò solo, l'accoglimento dei ricorsi proposti: di qui la rilevanza della questione.

4. — La sezione ritiene la questione non manifestamente infondata per le considerazioni di cui appresso.

Non è contestata la natura privatistica della società ricorrente: questa, costituita in epoca remota, non è mai stata oggetto di riconoscimento pubblico, né con le modalità previste per le persone giuridiche private dal codice civile vigente, né con quelle di cui agli artt. 862 e 863 del codice civile che disciplinano i consorzi di bonifica e quelli di miglioramento fondiario; non è previsto alcun intervento pubblico nelle varie fasi attinenti alla costituzione, alla nomina degli organi, al funzionamento, ed il finanziamento della società stessa è interamente privato.

La stessa giunta regionale nel provvedimento impugnato riconosce che la sopprimenda società non ha natura di consorzio di bonifica (le deliberazioni impugnate parlano di enti che si configurano di fatto come consorzi irrigui; d'altra parte se la ricorrente avesse potuto essere configurata quale consorzio di bonifica l'estinzione sarebbe stata disposta in applicazione dell'art. 3 quarto comma della legge n. 16/1987).

Infine il fatto che, come sottolinea la Regione, sia in dubbio anche la qualificazione della società ricorrente quale consorzio volontario ai sensi dell'art. 918 del codice civile, non porta argomenti a favore della tesi secondo la quale la società ricorrente potrebbe essere assimilata ad un organismo di diritto pubblico, ma conferma solo la difficoltà di classificarla in una delle figure tipiche disciplinate dal codice civile, e la conseguente necessità di inquadrare la stessa fra le associazioni non riconosciute.

5. — Il sospetto di incostituzionalità del suddetto articolo nasce in relazione, in primo luogo, all'art. 117 della Costituzione.

5.a) Poiché la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione, è entrata in vigore dopo l'adozione dei provvedimenti impugnati e dopo la proposizione dei ricorsi, si ritiene che il parametro di riferimento ai fini della valutazione della legittimità costituzionale resti il riparto di competenze fissato dal testo originario. Da un lato infatti il giudizio instaurato è di natura impugnatoria e tende all'annullamento di un provvedimento autoritativo la cui legittimità va valutata alla stregua del principio *tempus regit actum*; dall'altro l'interesse al ricorso va valutato con riferimento esclusivo all'eliminazione di «quel» provvedimento ed al ripristino della situazione giuridica ad esso precedente, ed in tali termini tuttora persiste.

Secondo il testo dell'art. 117 Cost. anteriore alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la potestà legislativa regionale nella materia della bonifica, di natura concorrente, andava esercitata nei limiti derivanti dai principi fondamentali della legislazione statale nella materia stessa, descritti con precisione dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 326/1998.

Per la parte che qui interessa tale decisione, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità parziale di una legge della Regione Marche in materia di bonifica, riconosce carattere di norme di principio a quelle che disciplinano nei lineamenti fondamentali la struttura e l'organizzazione dei consorzi di bonifica configurandoli come espressione, sia pure legislativamente disciplinata e resa obbligatoria, degli interessi dei proprietari dei fondi coinvolti nell'attività di bonifica.

Riconosce anche che la potestà regionale di programmazione ed organizzazione della bonifica si estende al riassetto delle funzioni degli enti pubblici che operano nel settore e, quindi, anche alle funzioni pubblicistiche dei consorzi, con conseguente potere in capo alla regione di trasferire i compiti propri dei consorzi anche ad altri enti

pubblici, in relazione alla connessione delle funzioni di bonifica con altre attinenti alla difesa del suolo, alla tutela delle risorse idriche e dell'ambiente. Non si può spingere però, alla stregua delle stesse norme di principio, all'eliminazione della figura giuridica del consorzio di bonifica, stante la combinazione che in esso peculiarmente si realizza fra pubblico e privato per effetto della legislazione nazionale.

In relazione a tali principi e con riferimento alla fattispecie all'esame, si dubita che la Regione, oltre a riorganizzare le funzioni di bonifica e, con esse, quelle dei consorzi di bonifica (così come ha fatto la Regione Emilia-Romagna con l'art. 3 della legge regionale n. 16/1987), possa sopprimere ogni organismo di gestione a questi non riconducibile, ed in particolare le associazioni o i soggetti di carattere privato.

Tenuto conto della natura concorrente della potestà legislativa regionale non è manifestamente infondato ipotizzare che in materia di bonifica la facoltà di incidere obbligatoriamente sugli interessi privati debba seguire il procedimento previsto per la costituzione dei consorzi di bonifica che, nella legislazione statale e, quindi, in quella regionale, contempla, sia pure eccezionalmente ed in via residuale, anche la costituzione d'ufficio, vale a dire ad iniziativa pubblica del consorzio fra i proprietari interessati.

Al di fuori di tale previsione solo il legislatore statale potrebbe enunciare il principio secondo cui l'attività di bonifica, anche per gli aspetti gestionali, deve essere riservata esclusivamente ai consorzi di bonifica, e quindi prevedere la soppressione di ogni diversa gestione.

5.b) Da un altro punto di vista la violazione dell'art. 117 Costituzione può essere ipotizzata anche con riferimento al cosiddetto limite del diritto privato. Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, tale limite è fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati (nn. 462 del 1995; 35 del 1992; 391 del 1989; 154 del 1972, n. 82 del 1998) e che comporta l'inderogabilità, da parte del legislatore regionale, delle norme dettate dal codice civile per regolare l'esercizio dell'autonomia negoziale privata, sia che si tratti di norme imperative, sia che si tratti di norme destinate a regolare direttamente i rapporti tra soggetti in assenza di diversa volontà negoziale delle parti. Nella specie, la norma impugnata appare precisamente diretta a sopprimere un soggetto di diritto privato, qualificabile come associazione non riconosciuta, in contrasto con il suo statuto ed in violazione dell'autonomia negoziale riconosciuta dagli artt. 36 e ss.c.c.

6. — Il sospetto di incostituzionalità sorge infine con riferimento agli artt. 2 e 18 (in relazione alla soppressione di associazioni liberamente costituite), 41 (in relazione alla compressione della libertà di iniziativa economica privata) ed agli artt. 42 e 43 della Costituzione (attesa la mancata previsione di un indennizzo a fronte della devoluzione del patrimonio degli enti da sopprimere ai consorzi di bonifica istituiti per l'ambito territoriale di riferimento).

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata nei termini di cui in motivazione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 16 del 1987 in relazione agli artt. 117, 2, 3, 18, 41, 42, 43 della Costituzione.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale ed ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Sospende il giudizio in corso introdotto col ricorso in epigrafe.

Così deciso in Bologna in data 6 febbraio 2003.

Il Presidente: PAPIANO

Il consigliere relatore estensore: BRINI

N. 614

*Ordinanza dell'11 giugno 2003 emessa dal T.a.r. per l'Emilia-Romagna
sul ricorso proposto da Consorzio Irriguo Società del Canal Maggiore ed altro contro Regione Emilia-Romagna ed altro*

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 336/99 promosso da Consorzio Irriguo del Canal Maggiore e il socio consorziato Carlo Bulloni Serra, rappresentati e difesi dagli avv. Andrea Regolisti e Alfredo Maver, ed elettivamente domiciliati in Bologna, via Tovaglie n. 33, presso lo studio del secondo;

Contro: Regione Emilia-Romagna, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Baccolini e Francesco Rizzo ed elettivamente domiciliata presso gli stessi in Bologna via San. Gervasio n. 10;

Nonché contro: Consorzio della Bonifica Parmense, non costituito;

In punto a: annullamento delibere di soppressione della società ricorrente (cons. reg. 23 novembre 1998 n. 1032, presidente Consorzio Bonifica Parmense 12 gennaio 1999).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione intimata;

Vista l'ordinanza di questa sezione n. 8/2000;

Vista l'ordinanza della Corte costituzionale n. 13/2002 di restituzione degli atti;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Grazia Brini;

Uditi alla pubblica udienza del 6 febbraio 2003 gli avv. A. Regolisti e S. Baccolini;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

In applicazione dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 il consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna, su proposta della giunta, sopprimeva la società ricorrente con effetto dal 1° gennaio 1999, stabilendo altresì che il Consorzio della Bonifica Parmense le subentrasse nell'esercizio dei compiti e delle funzioni nonché nei rapporti giuridici in atto.

Con il ricorso indicato all'epigrafe la società ricorrente impugnava il provvedimento di soppressione. L'impugnazione si basava sostanzialmente su due ordini di censure, il primo delle quali involgeva l'estraneità della società ricorrente alla previsione soppressiva, mentre il secondo riguardava l'illegittimità costituzionale della stessa in relazione agli artt. 117, 2, 18, 41, 42 e 43 della Costituzione.

Si costituiva e resisteva in tutti i ricorsi la Regione Emilia-Romagna.

Con ordinanza n. 8/2000 questo Tribunale amministrativo ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 della Regione Emilia-Romagna in relazione agli articoli 117, 2, 18, 42 e 43 della Costituzione.

Con ordinanza n. 13/2002 la Corte costituzionale ha considerato che la suddetta questione di legittimità costituzionale è stata prospettata anzitutto in relazione al superamento del limite dei principi fondamentali che emergono dalla legislazione statale nella materia della bonifica e che vincolano la potestà regionale, invocandosi come parametro l'art. 117 della Costituzione e che, successivamente all'emanazione dell'ordinanza di rimessione è stata promulgata ed è entrata in vigore la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione; in considerazione del mutamento della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ha ritenuto necessario disporre la restituzione degli atti al giudice remittente per un nuovo esame dei termini della questione.

Riassunto ritualmente il processo, le parti hanno affrontato in questa fase la questione alla stregua del nuovo testo costituzionale.

Secondo parte ricorrente i profili di incostituzionalità permangono: *a)* per i limiti che la legislazione regionale incontrerebbe nella materia, di legislazione concorrente, del governo del territorio (alla quale andrebbe ricondotta la disciplina della bonifica integrale); *b)* per l'invasione di aree appartenenti alla legislazione esclusiva dello Stato nella materia «ordinamento civile e penale», cui darebbe luogo la previsione della soppressione di enti privati; *c)* con riguardo al nuovo testo dell'art. 118, quarto comma, secondo il quale le Regioni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di solidarietà.

Secondo la Regione: *a)* la materia della bonifica integrale rientrerebbe invece in quella dell'«agricoltura e foreste», ex art. 66 d.P.R. n. 616/1977, in ordine alla quale le Regioni non incontrerebbero vincoli, non essendo più ricompresa tale materia fra quelle di competenza concorrente; *b)* non sussisterebbe interferenza nella materia dell'ordinamento civile posto che la norma in questione ha introdotto una disciplina pubblicistica con mere interferenze nei rapporti privatistici, ma senza ricadute sull'ordinamento generale; *c)* non sussisterebbe l'interesse dei ricorrenti ad ottenere una pronunzia di incostituzionalità che comunque, in denegata ipotesi, non potrebbe che essere limitata nel tempo e non precluderebbe l'adozione di un nuovo provvedimento di soppressione.

All'udienza del 6 febbraio 2003, dopo ampia discussione fra le parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

D I R I T T O

1. — Come si è esposto in fatto, la causa torna in decisione dopo che la Corte costituzionale, con ordinanza n. 13/2002, ha restituito gli atti al giudice remittente in considerazione dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione.

Alla stregua del principio di autonomia di ciascun giudizio di costituzionalità in via incidentale si procede a rivalutare la questione nella sua interezza.

2. — In applicazione dell'art. 4 della legge n. 16/1987 il consiglio regionale, su conforme proposta della giunta, ha soppresso la società ricorrente assumendo, a fondamento della propria decisione, le seguenti circostanze: la società risulta strutturata come ente ad autonomia piena con compiti irrigui, in analogia con l'attività svolta di norma dai consorzi di bonifica; le suddette funzioni sono oggi di competenza dei consorzi di bonifica, essendo intervenuta la classificazione di bonifica dell'intero territorio in cui opera il citato consorzio; la società opera in base all'atto costitutivo dal quale si evince che l'ente si configura di fatto come consorzio irriguo.

3. — La Sezione non ha condiviso la prospettazione principale della ricorrente, in forza della quale la stessa, non avendo veste pubblicistica né essendo consorzio irriguo di natura amministrativa, sarebbe stata erroneamente assoggettata alla previsione di soppressione contenuta all'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 (sent. n. 618/2000).

Con tale legge la Regione infatti, al dichiarato fine «di conseguire il necessario coordinamento degli interventi pubblici e privati», ha ritenuto di sottoporre a regime di bonifica l'intero territorio regionale (art. 3, primo

comma, già ritenuto dalla Corte costituzionale conforme agli artt. 117, 97 e 18 della Costituzione con la sentenza n. 66/1992); ha previsto l'istituzione, per ogni ambito, di un solo consorzio di bonifica destinato a succedere in tutti i diritti e gli obblighi ai preesistenti consorzi ricadenti in tutto o in parte nel comprensorio (art. 3, quarto comma); nell'ambito di tale riorganizzazione, ha soppresso (art. 4), per farle confluire nei nuovi consorzi, tutte le preesistenti forme di gestione («Sono soppressi i consorzi idraulici, di difesa, di scolo e di irrigazione nonché ogni altra forma di gestione non consortile di opere o sistemi di scolo ed irrigui, che ricadono nei comprensori delimitati ai sensi del secondo comma del precedente art. 3»).

È evidente pertanto la volontà del legislatore regionale di ricomprendere in tale previsione tutte le gestioni riconducibili alle funzioni indicate, ancorché di natura privata ed ancorché titolari di concessioni statali di grande derivazione.

Poiché la norma rappresenta il presupposto esclusivo e diretto dell'impugnato provvedimento di soppressione, un'eventuale dichiarazione di fondatezza della sollevata questione implicherebbe, per ciò solo, l'accoglimento dei ricorsi proposti: di qui la rilevanza della questione.

4. — La Sezione ritiene la questione non manifestamente infondata per le considerazioni di cui appresso.

Non è contestata la natura privatistica della società ricorrente: questa, costituita in epoca remota, non è mai stata oggetto di riconoscimento pubblico, né con le modalità previste per le persone giuridiche private dal codice civile vigente, né con quelle di cui agli artt. 862 e 863 del codice civile che disciplinano i consorzi di bonifica e quelli di miglioramento fondiario; non è previsto alcun intervento pubblico nelle varie fasi attinenti alla costituzione, alla nomina degli organi, al funzionamento, ed il finanziamento della società stessa è interamente privato.

La stessa giunta regionale nel provvedimento impugnato riconosce che la sopprimenda società non ha natura di consorzio di bonifica (le deliberazioni impugnate parlano di enti che si configurano di fatto come consorzi irrigui; d'altra parte se la ricorrente avesse potuto essere configurata quale consorzio di bonifica l'estinzione sarebbe stata disposta in applicazione dell'art. 3 quarto comma della legge n. 16/1987).

Infine il fatto che, come sottolinea la Regione, sia in dubbio anche la qualificazione della società ricorrente quale consorzio volontario ai sensi dell'art. 918 del codice civile, non porta argomenti a favore della tesi secondo la quale la società ricorrente potrebbe essere assimilata ad un organismo di diritto pubblico, ma conferma solo la difficoltà di classificarla in una delle figure tipiche disciplinate dal codice civile, e la conseguente necessità di inquadrare la stessa fra le associazioni non riconosciute.

5. — Il sospetto di incostituzionalità del suddetto articolo nasce in relazione, in primo luogo, all'art. 117 della Costituzione.

5.a) Poiché la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione, è entrata in vigore dopo l'adozione dei provvedimenti impugnati e dopo la proposizione dei ricorsi, si ritiene che il parametro di riferimento ai fini della valutazione della legittimità costituzionale resti il riparto di competenze fissato dal testo originario. Da un lato infatti il giudizio instaurato è di natura impugnatoria e tende all'annullamento di un provvedimento autoritativo la cui legittimità va valutata alla stregua del principio *tempus regit actum*; dall'altro l'interesse al ricorso va valutato con riferimento esclusivo all'eliminazione di «quel» provvedimento ed al ripristino della situazione giuridica ad esso precedente, ed in tali termini tuttora persiste.

Secondo il testo dell'art. 117 Cost. anteriore alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la potestà legislativa regionale nella materia della bonifica, di natura concorrente, andava esercitata nei limiti derivanti dai principi fondamentali della legislazione statale nella materia stessa, descritti con precisione dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 326/1998.

Per la parte che qui interessa tale decisione, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità parziale di una legge della Regione Marche in materia di bonifica, riconosce carattere di norme di principio a quelle che disciplinano nei lineamenti fondamentali la struttura e l'organizzazione dei consorzi di bonifica configurandoli come espressione, sia pure legislativamente disciplinata e resa obbligatoria, degli interessi dei proprietari dei fondi coinvolti nell'attività di bonifica.

Riconosce anche che la potestà regionale di programmazione ed organizzazione della bonifica si estende al riassetto delle funzioni degli enti pubblici che operano nel settore e, quindi, anche alle funzioni pubblicistiche dei consorzi, con conseguente potere in capo alla regione di trasferire i compiti propri dei consorzi anche ad altri enti

pubblici, in relazione alla connessione delle funzioni di bonifica con altre attinenti alla difesa del suolo, alla tutela delle risorse idriche e dell'ambiente. Non si può spingere però, alla stregua delle stesse norme di principio, all'eliminazione della figura giuridica del consorzio di bonifica, stante la combinazione che in esso peculiarmente si realizza fra pubblico e privato per effetto della legislazione nazionale.

In relazione a tali principi e con riferimento alla fattispecie all'esame, si dubita che la Regione, oltre a riorganizzare le funzioni di bonifica e, con esse, quelle dei consorzi di bonifica (così come ha fatto la Regione Emilia Romagna con l'art. 3 della legge regionale n. 16/1987), possa sopprimere ogni organismo di gestione a questi non riconducibile, ed in particolare le associazioni o i soggetti di carattere privato.

Tenuto conto della natura concorrente della potestà legislativa regionale non è manifestamente infondato ipotizzare che in materia di bonifica la facoltà di incidere obbligatoriamente sugli interessi privati debba seguire il procedimento previsto per la costituzione dei consorzi di bonifica che, nella legislazione statale e, quindi, in quella regionale, contempla, sia pure eccezionalmente ed in via residuale, anche la costituzione d'ufficio, vale a dire ad iniziativa pubblica del consorzio fra i proprietari interessati.

Al di fuori di tale previsione solo il legislatore statale potrebbe enunciare il principio secondo cui l'attività di bonifica, anche per gli aspetti gestionali, deve essere riservata esclusivamente ai consorzi di bonifica, e quindi prevedere la soppressione di ogni diversa gestione.

5.b) Da un altro punto di vista la violazione dell'art. 117 Costituzione può essere ipotizzata anche con riferimento al cosiddetto limite del diritto privato. Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, tale limite è fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati (nn. 462 del 1995; 35 del 1992; 391 del 1989; 154 del 1972, n. 82 del 1998) e che comporta l'inderogabilità, da parte del legislatore regionale, delle norme dettate dal codice civile per regolare l'esercizio dell'autonomia negoziale privata, sia che si tratti di norme imperative, sia che si tratti di norme destinate a regolare direttamente i rapporti tra soggetti in assenza di diversa volontà negoziale delle parti. Nella specie, la norma impugnata appare precisamente diretta a sopprimere un soggetto di diritto privato, qualificabile come associazione non riconosciuta, in contrasto con il suo statuto ed in violazione dell'autonomia negoziale riconosciuta dagli artt. 36 e ss.c.c.

6. — Il sospetto di incostituzionalità sorge infine con riferimento agli artt. 2 e 18 (in relazione alla soppressione di associazioni liberamente costituite), 41 (in relazione alla compressione della libertà di iniziativa economica privata) ed agli artt. 42 e 43 della Costituzione (attesa la mancata previsione di un indennizzo a fronte della devoluzione del patrimonio degli enti da sopprimere ai consorzi di bonifica istituiti per l'ambito territoriale di riferimento).

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata nei termini di cui in motivazione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 16 del 1987 in relazione agli artt. 117, 2, 3, 18, 41, 42, 43 della Costituzione.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale ed ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Sospende il giudizio in corso introdotto col ricorso in epigrafe.

Così deciso in Bologna in data 6 febbraio 2003.

Il Presidente: PAPIANO

Il consigliere relatore estensore: BRINI

N. 615

*Ordinanza dell'11 giugno 2003 emessa dal T.a.r. per l'Emilia-Romagna
sul ricorso proposto da Società del Canale Comune di Parma ed altro contro Regione Emilia-Romagna ed altro*

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 323/99 promosso da Società del Canale Comune di Parma e Marchese ing. Melo Lupi di Soragna in proprio quale socio aderente, rappresentati e difesi dall'avv. Ar-rigo Allegri ed elettivamente domiciliati in Bologna, S.da Maggiore n. 53, presso la segreteria del T.a.r.;

Contro: Regione Emilia-Romagna, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Baccolini e Francesco Rizzo ed elettivamente domiciliata presso gli stessi in Bologna via San. Gervasio n. 10;

Nonché contro: Consorzio della Bonifica Parmense, non costituito;

In punto a: annullamento delibera di soppressione della società ricorrente (cons reg. 23 novembre 1998 n. 1029).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione intimata;

Vista l'ordinanza di questa sezione n. 7/2000;

Vista l'ordinanza della Corte costituzionale n. 13/2002 di restituzione degli atti;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Grazia Brini;

Uditi alla pubblica udienza del 6 febbraio 2003 gli avv. A. Allegri e S. Baccolini;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

In applicazione dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 il consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna, su proposta della giunta, sopprimeva la società ricorrente con effetto dal 1º gennaio 1999, stabilendo altresì che il Consorzio della Bonifica Parmense le subentrasse nell'esercizio dei compiti e delle funzioni nonché nei rapporti giuridici in atto.

Con il ricorso indicato all'epigrafe la società ricorrente impugnava il provvedimento di soppressione. L'impugnazione si basava sostanzialmente su due ordini di censure, il primo delle quali involgeva l'estraneità della società ricorrente alla previsione soppressiva, mentre il secondo riguardava l'illegittimità costituzionale della stessa in relazione agli artt. 117, 2, 18, 41, 42 e 43 della Costituzione.

Si costituiva e resisteva in tutti i ricorsi la Regione Emilia-Romagna.

Con ordinanza n. 7/2000 questo Tribunale amministrativo ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 della Regione Emilia-Romagna in relazione agli articoli 117, 2, 18, 42 e 43 della Costituzione.

Con ordinanza n. 13/2002 la Corte costituzionale ha considerato che la suddetta questione di legittimità costituzionale è stata prospettata anzitutto in relazione al superamento del limite dei principi fondamentali che emergono dalla legislazione statale nella materia della bonifica e che vincolano la potestà regionale, invocandosi come parametro l'art. 117 della Costituzione e che, successivamente all'emanazione dell'ordinanza di rimessione è stata promulgata ed è entrata in vigore la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione; in considerazione del mutamento della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ha ritenuto necessario disporre la restituzione degli atti al giudice remittente per un nuovo esame dei termini della questione.

Riassunto ritualmente il processo, le parti hanno affrontato in questa fase la questione alla stregua del nuovo testo costituzionale.

Secondo parte ricorrente i profili di incostituzionalità permangono: *a)* per i limiti che la legislazione regionale incontrerebbe nella materia, di legislazione concorrente, del governo del territorio (alla quale andrebbe ricondotta la disciplina della bonifica integrale); *b)* per l'invasione di aree appartenenti alla legislazione esclusiva dello Stato nella materia «ordinamento civile e penale», cui darebbe luogo la previsione della soppressione di enti privati; *c)* con riguardo al nuovo testo dell'art. 118, quarto comma, secondo il quale le Regioni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di solidarietà.

Secondo la Regione: *a)* la materia della bonifica integrale rientrerebbe invece in quella dell'«agricoltura e foreste», ex art. 66 d.P.R. n. 616/1977, in ordine alla quale le Regioni non incontrerebbero vincoli, non essendo più ricompresa tale materia fra quelle di competenza concorrente; *b)* non sussisterebbe interferenza nella materia dell'ordinamento civile posto che la norma in questione ha introdotto una disciplina pubblicistica con mere interferenze nei rapporti privatistici, ma senza ricadute sull'ordinamento generale; *c)* non sussisterebbe l'interesse dei ricorrenti ad ottenere una pronunzia di incostituzionalità che comunque, in denegata ipotesi, non potrebbe che essere limitata nel tempo e non precluderebbe l'adozione di un nuovo provvedimento di soppressione.

All'udienza del 6 febbraio 2003, dopo ampia discussione fra le parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

D I R I T T O

1. — Come si è esposto in fatto, la causa torna in decisione dopo che la Corte costituzionale, con ordinanza n. 13/2002, ha restituito gli atti al giudice remittente in considerazione dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione.

Alla stregua del principio di autonomia di ciascun giudizio di costituzionalità in via incidentale si procede a rivalutare la questione nella sua interezza.

2. — In applicazione dell'art. 4 della legge n. 16/1987 il consiglio regionale, su conforme proposta della giunta, ha soppresso la società ricorrente assumendo, a fondamento della propria decisione, le seguenti circostanze: la società risulta strutturata come ente ad autonomia piena con compiti irrigui, in analogia con l'attività svolta di norma dai consorzi di bonifica; le suddette funzioni sono oggi di competenza dei consorzi di bonifica, essendo intervenuta la classificazione di bonifica dell'intero territorio in cui opera il citato consorzio; la società opera in base all'atto costitutivo dal quale si evince che l'ente si configura di fatto come consorzio irriguo.

3. — La Sezione non ha condiviso la prospettazione principale della ricorrente, in forza della quale la stessa, non avendo veste pubblicistica né essendo consorzio irriguo di natura amministrativa, sarebbe stata erroneamente assoggettata alla previsione di soppressione contenuta all'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 (sent. n. 617/2000).

Con tale legge la Regione infatti, al dichiarato fine «di conseguire il necessario coordinamento degli interventi pubblici e privati», ha ritenuto di sottoporre a regime di bonifica l'intero territorio regionale (art. 3, primo comma, già ritenuto dalla Corte costituzionale conforme agli artt. 117, 97 e 18 della Costituzione con la sentenza

n. 66/1992); ha previsto l'istituzione, per ogni ambito, di un solo consorzio di bonifica destinato a succedere in tutti i diritti e gli obblighi ai preesistenti consorzi ricadenti in tutto o in parte nel comprensorio (art. 3, quarto comma); nell'ambito di tale riorganizzazione, ha soppresso (art. 4), per farle confluire nei nuovi consorzi, tutte le preesistenti forme di gestione («Sono soppressi i consorzi idraulici, di difesa, di scolo e di irrigazione nonché ogni altra forma di gestione non consortile di opere o sistemi di scolo ed irrigui, che ricadono nei comprensori delimitati ai sensi del secondo comma del precedente art. 3»).

È evidente pertanto la volontà del legislatore regionale di ricomprendere in tale previsione tutte le gestioni riconducibili alle funzioni indicate, ancorché di natura privata ed ancorché titolari di concessioni statali di grande derivazione.

Poiché la norma rappresenta il presupposto esclusivo e diretto dell'impugnato provvedimento di soppressione, un'eventuale dichiarazione di fondatezza della sollevata questione implicherebbe, per ciò solo, l'accoglimento dei ricorsi proposti: di qui la rilevanza della questione.

4. — La Sezione ritiene la questione non manifestamente infondata per le considerazioni di cui appresso.

Non è contestata la natura privatistica della società ricorrente: questa, costituita in epoca remota, non è mai stata oggetto di riconoscimento pubblico, né con le modalità previste per le persone giuridiche private dal codice civile vigente, né con quelle di cui agli artt. 862 e 863 del codice civile che disciplinano i consorzi di bonifica e quelli di miglioramento fondiario; non è previsto alcun intervento pubblico nelle varie fasi attinenti alla costituzione, alla nomina degli organi, al funzionamento, ed il finanziamento della società stessa è interamente privato.

La stessa giunta regionale nel provvedimento impugnato riconosce che la sopprimenda società non ha natura di consorzio di bonifica (le deliberazioni impugnate parlano di enti che si configurano di fatto come consorzi irrigui; d'altra parte se la ricorrente avesse potuto essere configurata quale consorzio di bonifica l'estinzione sarebbe stata disposta in applicazione dell'art. 3 quarto comma della legge n. 16/1987).

Infine il fatto che, come sottolinea la Regione, sia in dubbio anche la qualificazione della società ricorrente quale consorzio volontario ai sensi dell'art. 918 del codice civile, non porta argomenti a favore della tesi secondo la quale la società ricorrente potrebbe essere assimilata ad un organismo di diritto pubblico, ma conferma solo la difficoltà di classificarla in una delle figure tipiche disciplinate dal codice civile, e la conseguente necessità di inquadrare la stessa fra le associazioni non riconosciute.

5. — Il sospetto di incostituzionalità del suddetto articolo nasce in relazione, in primo luogo, all'art. 117 della Costituzione.

5.a) Poiché la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione, è entrata in vigore dopo l'adozione dei provvedimenti impugnati e dopo la proposizione dei ricorsi, si ritiene che il parametro di riferimento ai fini della valutazione della legittimità costituzionale resti il riparto di competenze fissato dal testo originario. Da un lato infatti il giudizio instaurato è di natura impugnatoria e tende all'annullamento di un provvedimento autoritativo la cui legittimità va valutata alla stregua del principio *tempus regit actum*; dall'altro l'interesse al ricorso va valutato con riferimento esclusivo all'eliminazione di «quel» provvedimento ed al ripristino della situazione giuridica ad esso precedente, ed in tali termini tuttora persiste.

Secondo il testo dell'art. 117 Cost. anteriore alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la potestà legislativa regionale nella materia della bonifica, di natura concorrente, andava esercitata nei limiti derivanti dai principi fondamentali della legislazione statale nella materia stessa, descritti con precisione dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 326/1998.

Per la parte che qui interessa tale decisione, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità parziale di una legge della Regione Marche in materia di bonifica, riconosce carattere di norme di principio a quelle che disciplinano nei lineamenti fondamentali la struttura e l'organizzazione dei consorzi di bonifica configurandoli come espressione, sia pure legislativamente disciplinata e resa obbligatoria, degli interessi dei proprietari dei fondi coinvolti nell'attività di bonifica.

Riconosce anche che la potestà regionale di programmazione ed organizzazione della bonifica si estende al riassetto delle funzioni degli enti pubblici che operano nel settore e, quindi, anche alle funzioni pubblicistiche dei consorzi, con conseguente potere in capo alla regione di trasferire i compiti propri dei consorzi anche ad altri enti pubblici, in relazione alla connessione delle funzioni di bonifica con altre attinenti alla difesa del suolo, alla tutela

delle risorse idriche e dell'ambiente. Non si può spingere però, alla stregua delle stesse norme di principio, all'eliminazione della figura giuridica del consorzio di bonifica, stante la combinazione che in esso peculiarmente si realizza fra pubblico e privato per effetto della legislazione nazionale.

In relazione a tali principi e con riferimento alla fattispecie all'esame, si dubita che la Regione, oltre a riorganizzare le funzioni di bonifica e, con esse, quelle dei consorzi di bonifica (così come ha fatto la Regione Emilia-Romagna con l'art. 3 della legge regionale n. 16/1987), possa sopprimere ogni organismo di gestione a questi non riconducibile, ed in particolare le associazioni o i soggetti di carattere privato.

Tenuto conto della natura concorrente della potestà legislativa regionale non è manifestamente infondato ipotizzare che in materia di bonifica la facoltà di incidere obbligatoriamente sugli interessi privati debba seguire il procedimento previsto per la costituzione dei consorzi di bonifica che, nella legislazione statale e, quindi, in quella regionale, contempla, sia pure eccezionalmente ed in via residuale, anche la costituzione d'ufficio, vale a dire ad iniziativa pubblica del consorzio fra i proprietari interessati.

Al di fuori di tale previsione solo il legislatore statale potrebbe enunciare il principio secondo cui l'attività di bonifica, anche per gli aspetti gestionali, deve essere riservata esclusivamente ai consorzi di bonifica, e quindi prevedere la soppressione di ogni diversa gestione.

5.b) Da un altro punto di vista la violazione dell'art. 117 Costituzione può essere ipotizzata anche con riferimento al cosiddetto limite del diritto privato. Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, tale limite è fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati (nn. 462 del 1995; 35 del 1992; 391 del 1989; 154 del 1972, n. 82 del 1998) e che comporta l'inderogabilità, da parte del legislatore regionale, delle norme dettate dal codice civile per regolare l'esercizio dell'autonomia negoziale privata, sia che si tratti di norme imperative, sia che si tratti di norme destinate a regolare direttamente i rapporti tra soggetti in assenza di diversa volontà negoziale delle parti. Nella specie, la norma impugnata appare precisamente diretta a sopprimere un soggetto di diritto privato, qualificabile come associazione non riconosciuta, in contrasto con il suo statuto ed in violazione dell'autonomia negoziale riconosciuta dagli artt. 36 e ss.c.c.

6. — Il sospetto di incostituzionalità sorge infine con riferimento agli artt. 2 e 18 (in relazione alla soppressione di associazioni liberamente costituite), 41 (in relazione alla compressione della libertà di iniziativa economica privata) ed agli artt. 42 e 43 della Costituzione (attesa la mancata previsione di un indennizzo a fronte della devoluzione del patrimonio degli enti da sopprimere ai consorzi di bonifica istituiti per l'ambito territoriale di riferimento).

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata nei termini di cui in motivazione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 16 del 1987 in relazione agli artt. 117, 2, 3, 18, 41, 42, 43 della Costituzione.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale ed ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Sospende il giudizio in corso introdotto col ricorso in epigrafe.

Così deciso in Bologna in data 6 febbraio 2003.

Il Presidente: PAPIANO

Il consigliere relatore estensore: BRINI

N. 616

Ordinanza dell'11 giugno 2003 emessa dal T.a.r. per l'Emilia-Romagna sul ricorso proposto da Società del Canale di Torrechiara e S. Michele in Tiorre ed altro contro Regione Emilia-Romagna ed altro

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 354/99 promosso da Società del Canale di Torrechiara e S. Michele in Tiorre e il socio dott. Rolando Fava, rappresentati e difesi dall'avv. prof. Franco Bassi e avv. Renzo Rossolini ed elettivamente domiciliati in Bologna, via Mazzini n. 2/3, presso lo studio dell'avv. Roberto Miniero;

Contro: Regione Emilia-Romagna, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Baccolini e Francesco Rizzo ed elettivamente domiciliata presso gli stessi in Bologna via San. Gervasio n. 10;

Nonché: contro Consorzio della Bonifica Parmense, non costituito;

In punto a: annullamento delibere di soppressione della società ricorrente (giunta reg. 19 ottobre 1998, n. 1830, cons. reg. 23 novembre 1998 n. 1024, presidente Consorzio Bonifica Parmense 5 gennaio 1999, n. 6).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione intimata;

Vista l'ordinanza di questa sezione n. 3/2000;

Vista l'ordinanza della Corte costituzionale n. 13/2002 di restituzione degli atti;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Grazia Brini;

Uditi alla pubblica udienza del 6 febbraio 2003 gli avv. F. Bassi e S. Baccolini;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

In applicazione dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 il consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna, su proposta della giunta, sopprimeva la società ricorrente con effetto dal 1° gennaio 1999, stabilendo altresì che il Consorzio della Bonifica Parmense le subentrasse nell'esercizio dei compiti e delle funzioni nonché nei rapporti giuridici in atto.

Con il ricorso indicato all'epigrafe la società ricorrente impugnava il provvedimento di soppressione. L'impugnazione si basava sostanzialmente su due ordini di censure, il primo delle quali involgeva l'estraneità della società ricorrente alla previsione soppressiva, mentre il secondo riguardava l'illegittimità costituzionale della stessa in relazione agli artt. 117, 2, 18, 41, 42 e 43 della Costituzione.

Si costituiva e resisteva in tutti i ricorsi la Regione Emilia-Romagna.

Con ordinanza n. 3/2000 questo Tribunale amministrativo ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 della Regione Emilia-Romagna in relazione agli articoli 117, 2, 18, 42 e 43 della Costituzione.

Con ordinanza n. 13/2002 la Corte costituzionale ha considerato che la suddetta questione di legittimità costituzionale è stata prospettata anzitutto in relazione al superamento del limite dei principi fondamentali che emergono dalla legislazione statale nella materia della bonifica e che vincolano la potestà regionale, invocandosi come parametro l'art. 117 della Costituzione e che, successivamente all'emanazione dell'ordinanza di rimessione è stata promulgata ed è entrata in vigore la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione; in considerazione del mutamento della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ha ritenuto necessario disporre la restituzione degli atti al giudice remittente per un nuovo esame dei termini della questione.

Riassunto ritualmente il processo, le parti hanno affrontato in questa fase la questione alla stregua del nuovo testo costituzionale.

Secondo parte ricorrente i profili di incostituzionalità permangono: *a)* per i limiti che la legislazione regionale incontrerebbe nella materia, di legislazione concorrente, del governo del territorio (alla quale andrebbe ricondotta la disciplina della bonifica integrale); *b)* per l'invasione di aree appartenenti alla legislazione esclusiva dello Stato nella materia «ordinamento civile e penale», cui darebbe luogo la previsione della soppressione di enti privati; *c)* con riguardo al nuovo testo dell'art. 118, quarto comma, secondo il quale le Regioni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di solidarietà.

Secondo la Regione: *a)* la materia della bonifica integrale rientrerebbe invece in quella dell'«agricoltura e foreste», ex art. 66 d.P.R. n. 616/1977, in ordine alla quale le Regioni non incontrerebbero vincoli, non essendo più ricompresa tale materia fra quelle di competenza concorrente; *b)* non sussisterebbe interferenza nella materia dell'ordinamento civile posto che la norma in questione ha introdotto una disciplina pubblicistica con mere interferenze nei rapporti privatistici, ma senza ricadute sull'ordinamento generale; *c)* non sussisterebbe l'interesse dei ricorrenti ad ottenere una pronuncia di incostituzionalità che comunque, in denegata ipotesi, non potrebbe che essere limitata nel tempo e non precluderebbe l'adozione di un nuovo provvedimento di soppressione.

All'udienza del 6 febbraio 2003, dopo ampia discussione fra le parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

D I R I T T O

1. — Come si è esposto in fatto, la causa torna in decisione dopo che la Corte costituzionale, con ordinanza n. 13/2002, ha restituito gli atti al giudice remittente in considerazione dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione.

Alla stregua del principio di autonomia di ciascun giudizio di costituzionalità in via incidentale si procede a rivalutare la questione nella sua interezza.

2. — In applicazione dell'art. 4 della legge n. 16/1987 il consiglio regionale, su conforme proposta della giunta, ha soppresso la società ricorrente assumendo, a fondamento della propria decisione, le seguenti circostanze: la società risulta strutturata come ente ad autonomia piena con compiti irrigui, in analogia con l'attività svolta di norma dai consorzi di bonifica; le suddette funzioni sono oggi di competenza dei consorzi di bonifica, essendo intervenuta la classificazione di bonifica dell'intero territorio in cui opera il citato consorzio; la società opera in base all'atto costitutivo dal quale si evince che l'ente si configura di fatto come consorzio irriguo.

3. — La Sezione non ha condiviso la prospettazione principale della ricorrente, in forza della quale la stessa, non avendo veste pubblicistica né essendo consorzio irriguo di natura amministrativa, sarebbe stata erroneamente assoggettata alla previsione di soppressione contenuta all'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 (sent. n. 613/2000).

Con tale legge la Regione infatti, al dichiarato fine «di conseguire il necessario coordinamento degli interventi pubblici e privati», ha ritenuto di sottoporre a regime di bonifica l'intero territorio regionale (art. 3, primo comma, già ritenuto dalla Corte costituzionale conforme agli artt. 117, 97 e 18 della Costituzione con la sentenza

n. 66/1992); ha previsto l'istituzione, per ogni ambito, di un solo consorzio di bonifica destinato a succedere in tutti i diritti e gli obblighi ai preesistenti consorzi ricadenti in tutto o in parte nel comprensorio (art. 3, quarto comma); nell'ambito di tale riorganizzazione, ha soppresso (art. 4), per farle confluire nei nuovi consorzi, tutte le preesistenti forme di gestione («Sono soppressi i consorzi idraulici, di difesa, di scolo e di irrigazione nonché ogni altra forma di gestione non consortile di opere o sistemi di scolo ed irrigui, che ricadono nei comprensori delimitati ai sensi del secondo comma del precedente art. 3»).

È evidente pertanto la volontà del legislatore regionale di ricomprendere in tale previsione tutte le gestioni riconducibili alle funzioni indicate, ancorché di natura privata ed ancorché titolari di concessioni statali di grande derivazione.

Poiché la norma rappresenta il presupposto esclusivo e diretto dell'impugnato provvedimento di soppressione, un'eventuale dichiarazione di fondatezza della sollevata questione implicherebbe, per ciò solo, l'accoglimento dei ricorsi proposti: di qui la rilevanza della questione.

4. — La Sezione ritiene la questione non manifestamente infondata per le considerazioni di cui appresso.

Non è contestata la natura privatistica della società ricorrente: questa, costituita in epoca remota, non è mai stata oggetto di riconoscimento pubblico, né con le modalità previste per le persone giuridiche private dal codice civile vigente, né con quelle di cui agli artt. 862 e 863 del codice civile che disciplinano i consorzi di bonifica e quelli di miglioramento fondiario; non è previsto alcun intervento pubblico nelle varie fasi attinenti alla costituzione, alla nomina degli organi, al funzionamento, ed il finanziamento della società stessa è interamente privato.

La stessa giunta regionale nel provvedimento impugnato riconosce che la sopprimenda società non ha natura di consorzio di bonifica (le deliberazioni impugnate parlano di enti che si configurano di fatto come consorzi irrigui; d'altra parte se la ricorrente avesse potuto essere configurata quale consorzio di bonifica l'estinzione sarebbe stata disposta in applicazione dell'art. 3 quarto comma della legge n. 16/1987).

Infine il fatto che, come sottolinea la Regione, sia in dubbio anche la qualificazione della società ricorrente quale consorzio volontario ai sensi dell'art. 918 del codice civile, non porta argomenti a favore della tesi secondo la quale la società ricorrente potrebbe essere assimilata ad un organismo di diritto pubblico, ma conferma solo la difficoltà di classificarla in una delle figure tipiche disciplinate dal codice civile, e la conseguente necessità di inquadrare la stessa fra le associazioni non riconosciute.

5. — Il sospetto di incostituzionalità del suddetto articolo nasce in relazione, in primo luogo, all'art. 117 della Costituzione.

5.a) Poiché la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione, è entrata in vigore dopo l'adozione dei provvedimenti impugnati e dopo la proposizione dei ricorsi, si ritiene che il parametro di riferimento ai fini della valutazione della legittimità costituzionale resti il riparto di competenze fissato dal testo originario. Da un lato infatti il giudizio instaurato è di natura impugnatoria e tende all'annullamento di un provvedimento autoritativo la cui legittimità va valutata alla stregua del principio *tempus regit actum*; dall'altro l'interesse al ricorso va valutato con riferimento esclusivo all'eliminazione di «quel» provvedimento ed al ripristino della situazione giuridica ad esso precedente, ed in tali termini tuttora persiste.

Secondo il testo dell'art. 117 Cost. anteriore alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la potestà legislativa regionale nella materia della bonifica, di natura concorrente, andava esercitata nei limiti derivanti dai principi fondamentali della legislazione statale nella materia stessa, descritti con precisione dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 326/1998.

Per la parte che qui interessa tale decisione, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità parziale di una legge della Regione Marche in materia di bonifica, riconosce carattere di norme di principio a quelle che disciplinano nei lineamenti fondamentali la struttura e l'organizzazione dei consorzi di bonifica configurandoli come espressione, sia pure legislativamente disciplinata e resa obbligatoria, degli interessi dei proprietari dei fondi coinvolti nell'attività di bonifica.

Riconosce anche che la potestà regionale di programmazione ed organizzazione della bonifica si estende al riassetto delle funzioni degli enti pubblici che operano nel settore e, quindi, anche alle funzioni pubblicistiche dei consorzi, con conseguente potere in capo alla regione di trasferire i compiti propri dei consorzi anche ad altri enti pubblici, in relazione alla connessione delle funzioni di bonifica con altre attinenti alla difesa del suolo, alla tutela

delle risorse idriche e dell'ambiente. Non si può spingere però, alla stregua delle stesse norme di principio, all'eliminazione della figura giuridica del consorzio di bonifica, stante la combinazione che in esso peculiarmente si realizza fra pubblico e privato per effetto della legislazione nazionale.

In relazione a tali principi e con riferimento alla fattispecie all'esame, si dubita che la Regione, oltre a riorganizzare le funzioni di bonifica e, con esse, quelle dei consorzi di bonifica (così come ha fatto la Regione Emilia-Romagna con l'art. 3 della legge regionale n. 16/1987), possa sopprimere ogni organismo di gestione a questi non riconducibile, ed in particolare le associazioni o i soggetti di carattere privato.

Tenuto conto della natura concorrente della potestà legislativa regionale non è manifestamente infondato ipotizzare che in materia di bonifica la facoltà di incidere obbligatoriamente sugli interessi privati debba seguire il procedimento previsto per la costituzione dei consorzi di bonifica che, nella legislazione statale e, quindi, in quella regionale, contempla, sia pure eccezionalmente ed in via residuale, anche la costituzione d'ufficio, vale a dire ad iniziativa pubblica del consorzio fra i proprietari interessati.

Al di fuori di tale previsione solo il legislatore statale potrebbe enunciare il principio secondo cui l'attività di bonifica, anche per gli aspetti gestionali, deve essere riservata esclusivamente ai consorzi di bonifica, e quindi prevedere la soppressione di ogni diversa gestione.

5.b) Da un altro punto di vista la violazione dell'art. 117 Costituzione può essere ipotizzata anche con riferimento al cosiddetto limite del diritto privato. Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, tale limite è fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati (nn. 462 del 1995; 35 del 1992; 391 del 1989; 154 del 1972, n. 82 del 1998) e che comporta l'inderogabilità, da parte del legislatore regionale, delle norme dettate dal codice civile per regolare l'esercizio dell'autonomia negoziale privata, sia che si tratti di norme imperative, sia che si tratti di norme destinate a regolare direttamente i rapporti tra soggetti in assenza di diversa volontà negoziale delle parti. Nella specie, la norma impugnata appare precisamente diretta a sopprimere un soggetto di diritto privato, qualificabile come associazione non riconosciuta, in contrasto con il suo statuto ed in violazione dell'autonomia negoziale riconosciuta dagli artt. 36 e ss.c.c.

6. — Il sospetto di incostituzionalità sorge infine con riferimento agli artt. 2 e 18 (in relazione alla soppressione di associazioni liberamente costituite), 41 (in relazione alla compressione della libertà di iniziativa economica privata) ed agli artt. 42 e 43 della Costituzione (attesa la mancata previsione di un indennizzo a fronte della devoluzione del patrimonio degli enti da sopprimere ai consorzi di bonifica istituiti per l'ambito territoriale di riferimento).

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata nei termini di cui in motivazione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 16 del 1987 in relazione agli artt. 117, 2, 3, 18, 41, 42, 43 della Costituzione.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale ed ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Sospende il giudizio in corso introdotto col ricorso in epigrafe.

Così deciso in Bologna in data 6 febbraio 2003.

Il Presidente: PAPIANO

Il consigliere relatore estensore: BRINI

N. 617

Ordinanza dell'11 giugno 2003 emessa dal T.a.r. per l'Emilia-Romagna sul ricorso proposto da Società della Canaletta de' Rossi ed altro contro Regione Emilia-Romagna ed altro

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principî fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 352/99 promosso da Società della Canaletta de' Rossi e il socio Giancarlo Montanini, rappresentati e difesi dall'avv. prof. Franco Bassi e avv. Renzo Rossolini ed elettivamente domiciliati in Bologna, via Mazzini n. 2/3, presso lo studio dell'avv. Roberto Miniero;

Contro: Regione Emilia-Romagna, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Baccolini e Francesco Rizzo ed elettivamente domiciliata presso gli stessi in Bologna, via San. Gervasio n. 10;

Nonché contro: Consorzio della Bonifica Parmense, non costituito;

In punto a: annullamento delibere di soppressione della società ricorrente (giunta reg. 19 ottobre 1998, n. 1828, cons. reg. 23 novembre 1998 n. 1022, presidente Consorzio Bonifica Parmense 26 gennaio 1999, n. 482).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione intimata;

Vista l'ordinanza di questa sezione n. 4/2000;

Vista l'ordinanza della Corte costituzionale n. 13/2002 di restituzione degli atti;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Grazia Brini;

Uditi alla pubblica udienza del 6 febbraio 2003 gli avv. F. Bassi e S. Baccolini;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

In applicazione dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 il consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna, su proposta della giunta, sopprimeva la società ricorrente con effetto dal 1° gennaio 1999, stabilendo altresì che il Consorzio della Bonifica Parmense le subentrasse nell'esercizio dei compiti e delle funzioni nonché nei rapporti giuridici in atto.

Con il ricorso indicato all'epigrafe la società ricorrente impugnava il provvedimento di soppressione. L'impugnazione si basava sostanzialmente su due ordini di censure, il primo delle quali involgeva l'estraneità della società ricorrente alla previsione soppressiva, mentre il secondo riguardava l'illegittimità costituzionale della stessa in relazione agli artt. 117, 2, 18, 41, 42 e 43 della Costituzione.

Si costituiva e resisteva in tutti i ricorsi la Regione Emilia-Romagna.

Con ordinanza n. 4/2000 questo Tribunale amministrativo ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 della Regione Emilia-Romagna in relazione agli articoli 117, 2, 18, 42 e 43 della Costituzione.

Con ordinanza n. 13/2002 la Corte costituzionale ha considerato che la suddetta questione di legittimità costituzionale è stata prospettata anzitutto in relazione al superamento del limite dei principi fondamentali che emergono dalla legislazione statale nella materia della bonifica e che vincolano la potestà regionale, invocandosi come parametro l'art. 117 della Costituzione e che, successivamente all'emanazione dell'ordinanza di rimessione è stata promulgata ed è entrata in vigore la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione; in considerazione del mutamento della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ha ritenuto necessario disporre la restituzione degli atti al giudice remittente per un nuovo esame dei termini della questione.

Riassunto ritualmente il processo, le parti hanno affrontato in questa fase la questione alla stregua del nuovo testo costituzionale.

Secondo parte ricorrente i profili di incostituzionalità permangono: *a)* per i limiti che la legislazione regionale incontrerebbe nella materia, di legislazione concorrente, del governo del territorio (alla quale andrebbe ricondotta la disciplina della bonifica integrale); *b)* per l'invasione di aree appartenenti alla legislazione esclusiva dello Stato nella materia «ordinamento civile e penale», cui darebbe luogo la previsione della soppressione di enti privati; *c)* con riguardo al nuovo testo dell'art. 118, quarto comma, secondo il quale le Regioni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di solidarietà.

Secondo la Regione: *a)* la materia della bonifica integrale rientrerebbe invece in quella dell'«agricoltura e foreste», ex art. 66 d.P.R. n. 616/1977, in ordine alla quale le Regioni non incontrerebbero vincoli, non essendo più ricompresa tale materia fra quelle di competenza concorrente; *b)* non sussisterebbe interferenza nella materia dell'ordinamento civile posto che la norma in questione ha introdotto una disciplina pubblicistica con mere interferenze nei rapporti privatistici, ma senza ricadute sull'ordinamento generale; *c)* non sussisterebbe l'interesse dei ricorrenti ad ottenere una pronunzia di incostituzionalità che comunque, in denegata ipotesi, non potrebbe che essere limitata nel tempo e non precluderebbe l'adozione di un nuovo provvedimento di soppressione.

All'udienza del 6 febbraio 2003, dopo ampia discussione fra le parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

D I R I T T O

1. — Come si è esposto in fatto, la causa torna in decisione dopo che la Corte costituzionale, con ordinanza n. 13/2002, ha restituito gli atti al giudice remittente in considerazione dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione.

Alla stregua del principio di autonomia di ciascun giudizio di costituzionalità in via incidentale si procede a rivalutare la questione nella sua interezza.

2. — In applicazione dell'art. 4 della legge n. 16/1987 il consiglio regionale, su conforme proposta della giunta, ha soppresso la società ricorrente assumendo, a fondamento della propria decisione, le seguenti circostanze: la società risulta strutturata come ente ad autonomia piena con compiti irrigui, in analogia con l'attività svolta di norma dai consorzi di bonifica; le suddette funzioni sono oggi di competenza dei consorzi di bonifica, essendo intervenuta la classificazione di bonifica dell'intero territorio in cui opera il citato consorzio; la società opera in base all'atto costitutivo dal quale si evince che l'ente si configura di fatto come consorzio irriguo.

3. — La Sezione non ha condiviso la prospettazione principale della ricorrente, in forza della quale la stessa, non avendo veste pubblicistica né essendo consorzio irriguo di natura amministrativa, sarebbe stata erroneamente assoggettata alla previsione di soppressione contenuta all'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 (sent. n. 614/2000).

Con tale legge la Regione infatti, al dichiarato fine «di conseguire il necessario coordinamento degli interventi pubblici e privati», ha ritenuto di sottoporre a regime di bonifica l'intero territorio regionale (art. 3, primo comma, già ritenuto dalla Corte costituzionale conforme agli artt. 117, 97 e 18 della Costituzione con la sentenza

n. 66/1992); ha previsto l'istituzione, per ogni ambito, di un solo consorzio di bonifica destinato a succedere in tutti i diritti e gli obblighi ai preesistenti consorzi ricadenti in tutto o in parte nel comprensorio (art. 3, quarto comma); nell'ambito di tale riorganizzazione, ha soppresso (art. 4), per farle confluire nei nuovi consorzi, tutte le preesistenti forme di gestione («Sono soppressi i consorzi idraulici, di difesa, di scolo e di irrigazione nonché ogni altra forma di gestione non consortile di opere o sistemi di scolo ed irrigui, che ricadono nei comprensori delimitati ai sensi del secondo comma del precedente art. 3»).

È evidente pertanto la volontà del legislatore regionale di ricomprendere in tale previsione tutte le gestioni riconducibili alle funzioni indicate, ancorché di natura privata ed ancorché titolari di concessioni statali di grande derivazione.

Poiché la norma rappresenta il presupposto esclusivo e diretto dell'impugnato provvedimento di soppressione, un'eventuale dichiarazione di fondatezza della sollevata questione implicherebbe, per ciò solo, l'accoglimento dei ricorsi proposti: di qui la rilevanza della questione.

4. — La Sezione ritiene la questione non manifestamente infondata per le considerazioni di cui appresso.

Non è contestata la natura privatistica della società ricorrente: questa, costituita in epoca remota, non è mai stata oggetto di riconoscimento pubblico, né con le modalità previste per le persone giuridiche private dal codice civile vigente, né con quelle di cui agli artt. 862 e 863 del codice civile che disciplinano i consorzi di bonifica e quelli di miglioramento fondiario; non è previsto alcun intervento pubblico nelle varie fasi attinenti alla costituzione, alla nomina degli organi, al funzionamento, ed il finanziamento della società stessa è interamente privato.

La stessa giunta regionale nel provvedimento impugnato riconosce che la sopprimenda società non ha natura di consorzio di bonifica (le deliberazioni impugnate parlano di enti che si configurano di fatto come consorzi irrigui; d'altra parte se la ricorrente avesse potuto essere configurata quale consorzio di bonifica l'estinzione sarebbe stata disposta in applicazione dell'art. 3 quarto comma della legge n. 16/1987).

Infine il fatto che, come sottolinea la Regione, sia in dubbio anche la qualificazione della società ricorrente quale consorzio volontario ai sensi dell'art. 918 del codice civile, non porta argomenti a favore della tesi secondo la quale la società ricorrente potrebbe essere assimilata ad un organismo di diritto pubblico, ma conferma solo la difficoltà di classificarla in una delle figure tipiche disciplinate dal codice civile, e la conseguente necessità di inquadrare la stessa fra le associazioni non riconosciute.

5. — Il sospetto di incostituzionalità del suddetto articolo nasce in relazione, in primo luogo, all'art. 117 della Costituzione.

5.a) Poiché la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione, è entrata in vigore dopo l'adozione dei provvedimenti impugnati e dopo la proposizione dei ricorsi, si ritiene che il parametro di riferimento ai fini della valutazione della legittimità costituzionale resti il riparto di competenze fissato dal testo originario. Da un lato infatti il giudizio instaurato è di natura impugnatoria e tende all'annullamento di un provvedimento autoritativo la cui legittimità va valutata alla stregua del principio *tempus regit actum*; dall'altro l'interesse al ricorso va valutato con riferimento esclusivo all'eliminazione di «quel» provvedimento ed al ripristino della situazione giuridica ad esso precedente, ed in tali termini tuttora persiste.

Secondo il testo dell'art. 117 Cost. anteriore alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la potestà legislativa regionale nella materia della bonifica, di natura concorrente, andava esercitata nei limiti derivanti dai principi fondamentali della legislazione statale nella materia stessa, descritti con precisione dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 326/1998.

Per la parte che qui interessa tale decisione, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità parziale di una legge della Regione Marche in materia di bonifica, riconosce carattere di norme di principio a quelle che disciplinano nei lineamenti fondamentali la struttura e l'organizzazione dei consorzi di bonifica configurandoli come espressione, sia pure legislativamente disciplinata e resa obbligatoria, degli interessi dei proprietari dei fondi coinvolti nell'attività di bonifica.

Riconosce anche che la potestà regionale di programmazione ed organizzazione della bonifica si estende al riassetto delle funzioni degli enti pubblici che operano nel settore e, quindi, anche alle funzioni pubblicistiche dei consorzi, con conseguente potere in capo alla regione di trasferire i compiti propri dei consorzi anche ad altri enti pubblici, in relazione alla connessione delle funzioni di bonifica con altre attinenti alla difesa del suolo, alla tutela

delle risorse idriche e dell'ambiente. Non si può spingere però, alla stregua delle stesse norme di principio, all'eliminazione della figura giuridica del consorzio di bonifica, stante la combinazione che in esso peculiarmente si realizza fra pubblico e privato per effetto della legislazione nazionale.

In relazione a tali principi e con riferimento alla fattispecie all'esame, si dubita che la Regione, oltre a riorganizzare le funzioni di bonifica e, con esse, quelle dei consorzi di bonifica (così come ha fatto la Regione Emilia-Romagna con l'art. 3 della legge regionale n. 16/1987), possa sopprimere ogni organismo di gestione a questi non riconducibile, ed in particolare le associazioni o i soggetti di carattere privato.

Tenuto conto della natura concorrente della potestà legislativa regionale non è manifestamente infondato ipotizzare che in materia di bonifica la facoltà di incidere obbligatoriamente sugli interessi privati debba seguire il procedimento previsto per la costituzione dei consorzi di bonifica che, nella legislazione statale e, quindi, in quella regionale, contempla, sia pure eccezionalmente ed in via residuale, anche la costituzione d'ufficio, vale a dire ad iniziativa pubblica del consorzio fra i proprietari interessati.

Al di fuori di tale previsione solo il legislatore statale potrebbe enunciare il principio secondo cui l'attività di bonifica, anche per gli aspetti gestionali, deve essere riservata esclusivamente ai consorzi di bonifica, e quindi prevedere la soppressione di ogni diversa gestione.

5.b) Da un altro punto di vista la violazione dell'art. 117 Costituzione può essere ipotizzata anche con riferimento al cosiddetto limite del diritto privato. Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, tale limite è fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati (nn. 462 del 1995; 35 del 1992; 391 del 1989; 154 del 1972, n. 82 del 1998) e che comporta l'inderogabilità, da parte del legislatore regionale, delle norme dettate dal codice civile per regolare l'esercizio dell'autonomia negoziale privata, sia che si tratti di norme imperative, sia che si tratti di norme destinate a regolare direttamente i rapporti tra soggetti in assenza di diversa volontà negoziale delle parti. Nella specie, la norma impugnata appare precisamente diretta a sopprimere un soggetto di diritto privato, qualificabile come associazione non riconosciuta, in contrasto con il suo statuto ed in violazione dell'autonomia negoziale riconosciuta dagli artt. 36 e ss.c.c.

6. — Il sospetto di incostituzionalità sorge infine con riferimento agli artt. 2 e 18 (in relazione alla soppressione di associazioni liberamente costituite), 41 (in relazione alla compressione della libertà di iniziativa economica privata) ed agli artt. 42 e 43 della Costituzione (attesa la mancata previsione di un indennizzo a fronte della devoluzione del patrimonio degli enti da sopprimere ai consorzi di bonifica istituiti per l'ambito territoriale di riferimento).

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata nei termini di cui in motivazione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 16 del 1987 in relazione agli artt. 117, 2, 3, 18, 41, 42, 43 della Costituzione.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale ed ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Sospende il giudizio in corso introdotto col ricorso in epigrafe.

Così deciso in Bologna in data 6 febbraio 2003.

Il Presidente: PAPIANO

Il consigliere relatore estensore: BRINI

N. 618

Ordinanza dell'11 giugno 2003 emessa dal T.a.r. per l'Emilia-Romagna sul ricorso proposto da Società degli utenti delle acque del Canale Naviglio Taro ed altro contro Regione Emilia-Romagna ed altro

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 355/1999 proposto dalla Società degli utenti delle acque del canale Naviglio Taro e dal sig. Antonio Rizzi, rappresentati e difesi dagli avv. G. Isi e F. Soncini ed elettivamente domiciliati presso l'avv. R. Miniero in Bologna, via Mazzini n. 2/3;

Contro:

Regione Emilia-Romagna, rappresentata e difesa dagli avv. S. Baccolini e F. Rizzo ed elettivamente domiciliata presso gli stessi in Bologna, via San Gervasio n. 10;

consorzio della bonifica parmense, non costituito in giudizio.

Per l'annullamento:

della deliberazione della giunta regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1837/1998 di proposta di soppressione della società ricorrente;

della deliberazione del consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1031/1998 di approvazione della suddetta proposta di soppressione della società ricorrente;

del provvedimento n. 105 del 5 gennaio 1999 con cui il presidente del consorzio per la bonifica parmense ha comunicato alla ricorrente, in relazione alla disposta soppressione, le modalità per il subentro del consorzio stesso nei compiti, funzioni e rapporti della società ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della regione intimata;

Visti gli atti e i documenti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Bruno Lelli;

Uditi alla pubblica udienza del 6 febbraio 2003 gli avv. F. Soncini e S. Baccolini;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con ordinanza n. 9/2000 questo Tribunale amministrativo ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 della Regione Emilia-Romagna in relazione agli articoli 117, 2, 18, 42 e 43 della Costituzione.

La Corte costituzionale con propria ordinanza n. 13/2000, dopo aver considerato che la suddetta questione di legittimità costituzionale è prospettata anzitutto in relazione al superamento del limite dei principi fondamentali che emergono dalla legislazione statale nella materia della bonifica e che vincolano la potestà regionale, invocandosi come parametro l'articolo 117 della Costituzione; e che, successivamente all'emanazione dell'ordinanza di rimessione è stata promulgata ed è entrata in vigore la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) il cui è l'art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione, in considerazione del mutamento della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ha disposto la restituzione degli atti al giudice remittente per nuovo esame dei termini della questione.

Ciò posto, si deve premettere che, in applicazione dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 il consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna, su proposta della giunta, ha soppresso la società ricorrente con effetto dal 1º gennaio 1999, stabilendo altresì che il consorzio della bonifica parmense le subentri nell'esercizio dei compiti e delle funzioni.

La società ricorrente ha impugnato di fronte a questo giudice amministrativo i suddetti atti di soppressione e nel corso del conseguente giudizio questo tribunale ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma, art. 4 della legge regionale n. 16/1987, in base alla quale sono stati adottati gli atti impugnati.

Nello specifico la ricorrente impugna la delibera della giunta regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1837/1998 di proposta di soppressione della società ricorrente; la deliberazione del consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1031/1998 di approvazione della suddetta proposta di soppressione della società ricorrente; il provvedimento n. 105 del 5 gennaio 1999 con cui il presidente del consorzio per la bonifica.

Parmense ha comunicato alla ricorrente, in relazione alla disposta soppressione, le modalità per il subentro del consorzio stesso nei compiti, funzioni e rapporti della società ricorrente.

Questi i motivi dell'impugnazione:

1. — Erronea applicazione dell'art. 4 legge regionale n. 16/1987; Eccesso di potere per falso supposto di fatto ed illogicità manifesta. La soppressione di cui alla norma regionale non può che riguardare i consorzi irrigui di diritto amministrativo riconducibili al regio decreto 13 febbraio 1933 n. 215; il consorzio ricorrente invece non ha veste pubblicistica né è un consorzio irriguo di natura amministrativa.

2. — Invalidità derivata dall'incostituzionalità dell'art. 4 legge regionale 23 aprile 1987 n. 16 per violazione degli artt. 2, 18, 42, 117 e 11 Costituzione.

Le regioni, difettandone i poteri, non possono sopprimere enti privati, espropriando fra l'altro senza indennizzo i loro beni.

Riassunto il processo, le parti hanno affrontato in questa fase la questione alla stregua del nuovo testo costituzionale.

Secondo le parti ricorrenti i profili di incostituzionalità permangono: *a)* per i limiti che legislazione regionale incontrerebbe nella materia di legislazione concorrente del governo del territorio (alla quale andrebbe ricondotta la disciplina della bonifica integrale); *b)* per l'invasione di aree appartenenti alla legislazione esclusiva dello Stato della materia «ordinamento civile e penale», cui darebbe luogo la previsione della soppressione di enti privati; *c)* con riguardo al nuovo testo dell'art. 118, quarto comma, secondo il quale le regioni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di solidarietà.

Secondo la regione: *a)* la materia della bonifica integrale rientrerebbe invece in quella dell'«agricoltura e foreste», ex art. 66 d.P.R. n. 616/1977, in ordine alla quale le regioni non incontrerebbero vincoli, non essendo più ricompresa tale materia fra quelle di competenza concorrente; *b)* non sussisterebbe interferenza nella materia dell'ordinamento civile posto che la norma in questione ha introdotto una disciplina pubblicistica con mere interferenze nei rapporti privatistici ma senza ricadute sull'ordinamento generale; *c)* non sussisterebbe l'interesse dei ricorrenti ad ottenere una pronunzia di incostituzionalità che, comunque, in denegata ipotesi, non potrebbe che essere limitata nel tempo e dunque non precluderebbe l'adozione di un nuovo provvedimento di soppressione.

Nell'udienza del 6 febbraio 2003 la causa è stata discussa con la presenza della ricorrente e della Regione Emilia-Romagna.

D I R I T T O

1. — Come si è esposto in fatto, la causa torna in decisione dopo che la Corte costituzionale con ordinanza n. 13/2002 ha restituito gli atti al giudice remittente in considerazione dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, il cui è l'art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione.

Alla stregua del principio di autonomia di ciascun giudizio di costituzionalità in via incidentale si procede a rivalutare la questione nella sua interezza.

2. — In applicazione dell'art. 4 della legge n. 16/1987 il consiglio regionale, su conforme proposta della giunta, ha soppresso la società ricorrente assumendo, a fondamento della decisione, le seguenti circostanze: la società risulta strutturata come ente ad autonomia piena con compiti irrigui, in analogia con l'attività svolta di

norma dai consorzi di bonifica; le suddette funzioni sono oggi di competenza dei consorzi di bonifica, essendo intervenuta la classificazione di bonifica dell'intero territorio in cui opera il citato consorzio; la società opera in base all'atto costitutivo dal quale si evince che l'ente si configura di fatto come consorzio irriguo.

3. — La sezione non ha condiviso la prospettazione principale della società ricorrente, in forza della quale la stessa, non avendo veste pubblicistica né potendo configurarsi quale consorzio irriguo di natura amministrativa, sarebbe stata erroneamente assoggettata alla previsione di soppressione contenuta all'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 (sentenza n. 619/2000).

Con tale legge la regione infatti, al dichiarato fine «di conseguire il necessario coordinamento degli interventi pubblici e privati», ha ritenuto di sottoporre a regime di bonifica l'intero territorio regionale (art. 3, primo comma, già ritenuto dalla Corte costituzionale conforme agli artt. 117, 97 e 18 della Costituzione con la sentenza n. 66/1992); ha previsto l'istituzione per ogni ambito, di un solo consorzio di bonifica destinato a succedere in tutti i diritti e gli obblighi ai preesistenti consorzi ricadenti in tutto o in parte nel comprensorio (art. 3 quarto comma); nell'ambito di tale riorganizzazione, ha ritenuto necessario (art. 4) sopprimere, per farle confluire nei nuovi consorzi, tutte le preesistenti forme di gestione («sono soppressi i consorzi idraulici, di difesa, di scolo e di irrigazione nonché ogni altra forma di gestione non consortile di opere o sistemi di scolo ed irrigui, che ricadono nei comprensori delimitati ai sensi del secondo comma del precedente art. 3»).

È evidente pertanto la volontà del legislatore regionale di ricomprendere in tale previsione tutte le gestioni riconducibili alle funzioni indicate, ancorché di natura privata ed ancorché titolari di concessioni statale di grande derivazione.

Poiché la norma rappresenta il presupposto esclusivo e diretto dell'impugnato provvedimento di soppressione, un'eventuale dichiarazione di fondatezza della sollevata questione implicherebbe, per ciò solo, l'accoglimento dei ricorsi proposti: di qui la rilevanza della questione.

4. — La sezione ritiene la questione non manifestamente infondata per le considerazioni di cui appresso.

Non è contestata la natura privatistica della ricorrente: costituita in epoca remota, non è mai stata oggetto di riconoscimento pubblico, né con le modalità previste per le persone giuridiche private dal codice civile vigente, né con quelle di cui agli artt. 862 e 863 del codice civile che disciplinano i consorzi di bonifica e quelli di miglioramento fondiario; non è previsto alcun intervento pubblico nelle varie fasi attinenti alla costituzione, alla nomina degli organi, al funzionamento, ed il finanziamento della società stessa è interamente privato.

La stessa giunta regionale nel provvedimento impugnato riconosce che la sopprimenda società non ha natura di consorzio di bonifica (le deliberazioni impugnate parlano di enti che si configurano di fatto come consorzi irrigui; d'altra parte se la ricorrente avesse potuto essere configurata quale consorzio di bonifica l'estinzione sarebbe stata disposta in applicazione dell'art. 3 quarto comma della legge n. 16/1987).

Infine il fatto che, come sottolinea la regione, sia in dubbio anche la qualificazione della società ricorrente quale consorzio volontario ai sensi dell'art. 918 del codice civile, non porta argomenti a favore della tesi secondo la quale la società ricorrente potrebbe essere assimilata ad un organismo di diritto pubblico, ma conferma solo la difficoltà di classificarla in una delle figure tipiche disciplinate dal codice civile, e la conseguente necessità di inquadrare la stessa fra le associazioni non riconosciute.

5. — Il sospetto di incostituzionalità del suddetto articolo nasce in relazione, in primo luogo, all'art. 117 della Costituzione nel testo in vigore al momento dell'adozione degli atti impugnati.

5.a) — Poiché la legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, che ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione, è entrata in vigore dopo l'adozione dei provvedimenti impugnati e dopo la proposizione dei ricorsi, si ritiene che il parametro di riferimento fini della valutazione della legittimità costituzionale resti il riparto di competenze fissato dal testo originario.

Da un lato infatti il giudizio instaurato è di natura impugnatoria e tende all'annullamento di un provvedimento autoritativo la cui legittimità va valutata alla stregua del principio *tempus regit actum*; dall'altro l'interesse al ricorso va valutato con riferimento esclusivo all'eliminazione di «quel» provvedimento ed al ripristino della situazione giuridica ad esso precedente, ed in tali termini tuttora persiste.

Secondo il testo dell'art. 117 Cost. anteriore alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, la potestà legislativa regionale nella materia della bonifica, di natura concorrente, andava esercitata nei limiti derivanti dai principi fondamentali della legislazione statale nella materia stessa, descritti con precisione dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 326/1998.

Per la parte che qui interessa tale decisione, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità parziale di una legge della Regione Marche in materia di bonifica, riconosce carattere di norme di principio a quelle che discipli-

nano nei lineamenti fondamentali la struttura e l'organizzazione dei consorzi di bonifica configurandoli come espressione, sia pure legislativamente disciplinata e resa obbligatoria, degli interessi dei proprietari dei fondi coinvolti nell'attività di bonifica.

Riconosce anche che la potestà regionale di programmazione ed organizzazione della bonifica si estende al riassetto delle funzioni degli enti pubblici che operano nel settore e, quindi, anche alle funzioni pubblicistiche dei consorzi, con conseguente potere in capo alla regione di trasferire i compiti propri dei consorzi anche ad altri enti pubblici, in relazione alla connessione delle funzioni di bonifica con altre attinenti alla difesa del suolo, alla tutela delle risorse idriche e dell'ambiente. Non si può spingere però, alla stregua delle stesse norme di principio, all'eliminazione della figura giuridica del consorzio di bonifica, stante la combinazione che in esso peculiarmente si realizza fra pubblico e privato per effetto della legislazione nazionale.

In relazione a tali principi e con riferimento alla fattispecie all'esame, si dubita che la regione, oltre a riorganizzare le funzioni di bonifica e, con esse, quelle dei consorzi di bonifica (così come ha fatto la Regione Emilia-Romagna con l'art. 3 della legge regionale n. 16/1987), possa sopprimere ogni organismo di gestione a questi non riconducibile ed in particolare associazioni o soggetti di carattere privato.

Tenuto conto della natura concorrente della potestà legislativa regionale non è manifestamente infondato ipotizzare che in materia di bonifica la facoltà di incidere obbligatoriamente sugli interessi privati debba seguire il procedimento previsto per la costituzione dei consorzi di bonifica che, nella legislazione statale e, quindi, in quella regionale, contempla, sia pure eccezionalmente ed in via residuale, anche la costituzione d'ufficio, vale a dire ad iniziativa pubblica del consorzio fra i proprietari interessati.

Al di fuori di tale previsione solo il legislatore statale potrebbe enunciare il principio secondo cui l'attività di bonifica, anche per gli aspetti gestionali, deve essere riservata esclusivamente ai consorzi di bonifica, e quindi prevedere la soppressione di ogni diversa gestione.

5.b) Da un altro punto di vista la violazione dell'art. 117 Costituzione può essere ipotizzata anche con riferimento al cosiddetto limite del diritto privato. Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, tale limite è fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati (nn. 462 del 1995; 35 del 1992; 391 del 1989; 154 del 1972, n. 82 del 1998) e che comporta l'inderogabilità, da parte del legislatore regionale, delle norme dettate dal codice civile per regolare l'esercizio dell'autonomia negoziale privata, sia che si tratti di norme imperative, sia che si tratti di norme destinate a regolare direttamente i rapporti tra soggetti in assenza di diversa volontà negoziale delle parti. Nella specie, la norma impugnata appare precisamente diretta a sopprimere un soggetto di diritto privato, qualificabile come associazione non riconosciuta, in contrasto con il suo statuto ed in violazione dell'autonomia negoziale riconosciuta dagli artt. 36 e ss. codice civile.

6. — Il sospetto di incostituzionalità sorge infine con riferimento agli artt. 2 e 18 (in relazione alla soppressione di associazioni liberamente costituite), 41 (in relazione alla compressione della libertà di iniziativa economica privata) ed agli artt. 42 e 43 della Costituzione (attesa la mancata previsione di un indennizzo a fronte della devoluzione del patrimonio degli enti da sopprimere ai consorzi di bonifica istituiti per l'ambito territoriale di riferimento).

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata nei termini di cui in motivazione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 16 del 1987 in relazione agli artt. 117, 2, 3, 18, 41, 42, 43 della Costituzione.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale ed ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Sospende il giudizio in corso introdotto col ricorso in epigrafe.

Così deciso in Bologna in data 6 febbraio 2003.

Il Presidente: PAPIANO

Il consigliere relatore estensore: LELLI

N. 619

Ordinanza dell'11 giugno 2003 emessa dal T.a.r. per l'Emilia-Romagna sul ricorso proposto da Società del Canale Rauda ed altro contro Regione Emilia-Romagna ed altro

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 356/1999 proposto dalla Società del Canale Rauda e da Enzo Dallatana rappresentati e difesi dagli avv. G. Isi e F. Soncini ed elettivamente domiciliati presso l'avv. R. Miniero in Bologna, via Mazzini n. 2/3;

Contro: Regione Emilia-Romagna, rappresentata e difesa dagli avv. S. Baccolini e F. Rizzo ed elettivamente domiciliata presso gli stessi in Bologna, via San Gervasio n. 10;

Per l'annullamento:

della deliberazione della giunta regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1831/1998 di proposta di soppressione della società ricorrente;

della deliberazione del consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1025/1998 di approvazione della suddetta proposta di soppressione della società ricorrente;

del provvedimento n. 104 del 5 gennaio 1999 con cui il presidente del consorzio per la bonifica parmense ha comunicato alla ricorrente, in relazione alla disposta soppressione, le modalità per il subentro del consorzio stesso nei compiti, funzioni e rapporti della società ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della regione intimata;

Visti gli atti e i documenti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Bruno Lelli;

Uditi alla pubblica udienza del 6 febbraio 2003 gli avv. F. Soncini e S. Baccolini;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con ordinanza n. 10/2000 questo tribunale amministrativo ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 della Regione Emilia-Romagna in relazione agli articoli 117, 2, 18, 42 e 43 della Costituzione.

La Corte costituzionale con propria ordinanza n. 13/2000, dopo aver considerato che la suddetta questione di legittimità costituzionale è prospettata anzitutto in relazione al superamento del limite dei principi fondamentali che emergono dalla legislazione statale nella materia della bonifica e che vincolano la potestà regionale, invocandosi come parametro l'articolo 117 della Costituzione; e che, successivamente all'emanazione dell'ordinanza di rimessione è stata promulgata ed è entrata in vigore la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) il cui è l'art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione, in considerazione del mutamento della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ha disposto la restituzione degli atti al giudice remittente per nuovo esame dei termini della questione.

Ciò posto, si deve premettere che, in applicazione dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 il consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna, su proposta della giunta, ha soppresso la società ricorrente con effetto dal 1º gennaio 1999, stabilendo altresì che il Consorzio della bonifica parmense le subentri nell'esercizio dei compiti e delle funzioni.

La società ricorrente ha impugnato di fronte a questo giudice amministrativo i suddetti atti di soppressione e nel corso del conseguente giudizio questo tribunale ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma, art. 4 della legge regionale n. 16/1987, in base alla quale sono stati adottati gli atti impugnati.

Nello specifico la ricorrente impugna la delibera della giunta regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1831/1998 di proposta di soppressione della società ricorrente; la deliberazione del consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1025/1998 di approvazione della suddetta proposta di soppressione della società ricorrente; il provvedimento n. 104 del 5 gennaio 1999 con cui il presidente del consorzio per la bonifica parmense ha comunicato alla ricorrente, in relazione alla disposta soppressione, le modalità per il subentro del consorzio stesso nei compiti, funzioni e rapporti della società ricorrente.

Questi i motivi dell'impugnazione:

1. — Erronea applicazione dell'art. 4 legge regionale n. 16/1987; Eccesso di potere per falso supposto di fatto ed illogicità manifesta. La soppressione di cui alla norma regionale non può che riguardare i consorzi irrigui di diritto amministrativo riconducibili al regio decreto 13 febbraio 1933 n. 215; il consorzio ricorrente invece non ha veste pubblicistica né è un consorzio irriguo di natura amministrativa.

2. — Invalidità derivata dall'incostituzionalità dell'art. 4 legge regionale 23 aprile 1987 n. 16 per violazione degli artt. 2, 18, 42, 117 e 118 Costituzione.

Le regioni, difettandone i poteri, non possono sopprimere enti privati, espropriando fra l'altro senza indennizzo i loro beni.

Nell'udienza del 6 febbraio 2003 la causa è stata discussa con la presenza della ricorrente e della Regione Emilia-Romagna.

Riassunto il processo, le parti hanno affrontato in questa fase la questione alla stregua del nuovo testo costituzionale.

Secondo le parti ricorrenti i profili di incostituzionalità permangono: *a)* per i limiti che legislazione regionale incontrerebbe nella materia di legislazione concorrente del governo del territorio (alla quale andrebbe ricondotta la disciplina della bonifica integrale); *b)* per l'invasione di aree appartenenti alla legislazione esclusiva dello Stato della materia «ordinamento civile e penale», cui darebbe luogo la previsione della soppressione di enti privati; *c)* con riguardo al nuovo testo dell'art. 118, quarto comma, secondo il quale le regioni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di solidarietà.

Secondo la regione: *a)* la materia della bonifica integrale rientrerebbe invece in quella dell'«agricoltura e foreste», ex art. 66 d.P.R. n. 616/1977, in ordine alla quale le regioni non incontrerebbero vincoli, non essendo più ricompresa tale materia fra quelle fra quelle di competenza concorrente; *b)* non sussisterebbe interferenza nella materia dell'ordinamento civile posto che la norma in questione ha introdotto una disciplina pubblicistica con mere interferenze nei rapporti privatistici ma senza ricadute sull'ordinamento generale; *c)* non sussisterebbe l'interesse dei ricorrenti ad ottenere una pronunzia di incostituzionalità che, comunque, in denegata ipotesi, non potrebbe che essere limitata nel tempo e dunque non precluderebbe l'adozione di un nuovo provvedimento di soppressione.

Nell'udienza del 6 febbraio 2003 la causa è stata discussa con la presenza della ricorrente e della Regione Emilia-Romagna.

D I R I T T O

1. — Come si è esposto in fatto, la causa torna in decisione dopo che la Corte costituzionale con ordinanza n. 13/2002 ha restituito gli atti al giudice remittente in considerazione dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione.

Alla stregua del principio di autonomia di ciascun giudizio di costituzionalità in via incidentale si procede a rivalutare la questione nella sua interezza.

2. — In applicazione dell'art. 4 della legge n. 16/1987 il consiglio regionale, su conforme proposta della giunta, ha soppresso la società ricorrente assumendo, a fondamento della decisione, le seguenti circostanze: la società risulta strutturata come ente ad autonomia piena con compiti irrigui, in analogia con l'attività svolta di

norma dai consorzi di bonifica; le suddette funzioni sono oggi di competenza dei consorzi di bonifica, essendo intervenuta la classificazione di bonifica dell'intero territorio in cui opera il citato consorzio; la società opera in base all'atto costitutivo dal quale si evince che l'ente si configura di fatto come consorzio irriguo.

3. — La sezione non ha condiviso la prospettazione principale della società ricorrente, in forza della quale la stessa, non avendo veste pubblicistica né potendo configurarsi quale consorzio irriguo di natura amministrativa, sarebbe stata erroneamente assoggettata alla previsione di soppressione contenuta all'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 (sentenza n. 620/2000).

Con tale legge la regione infatti, al dichiarato fine «di conseguire il necessario coordinamento degli interventi pubblici e privati», ha ritenuto di sottoporre a regime di bonifica l'intero territorio regionale (art. 3, primo comma, già ritenuto dalla Corte costituzionale conforme agli artt. 117, 97 e 18 della Costituzione con la sentenza n. 66/1992); ha previsto l'istituzione per ogni ambito, di un solo consorzio di bonifica destinato a succedere in tutti i diritti e gli obblighi ai preesistenti consorzi ricadenti in tutto o in parte nel comprensorio (art. 3 quarto comma); nell'ambito di tale riorganizzazione, ha ritenuto necessario (art. 4) sopprimere, per farle confluire nei nuovi consorzi, tutte le preesistenti forme di gestione («sono soppressi i consorzi idraulici, di difesa, di scolo e di irrigazione nonché ogni altra forma di gestione non consortile di opere o sistemi di scolo ed irrigui, che ricadono nei comprensori delimitati ai sensi del secondo comma del precedente art. 3»).

È evidente pertanto la volontà del legislatore regionale di ricomprendere in tale previsione tutte le gestioni riconducibili alle funzioni indicate, ancorché di natura privata ed ancorché titolari di concessioni statale di grande derivazione.

Poiché la norma rappresenta il presupposto esclusivo e diretto dell'impugnato provvedimento di soppressione, un'eventuale dichiarazione di fondatezza della sollevata questione implicherebbe, per ciò solo, l'accoglimento dei ricorsi proposti: di qui la rilevanza della questione.

4. — La sezione ritiene la questione non manifestamente infondata per le considerazioni di cui appresso.

Non è contestata la natura privatistica della ricorrente: costituita in epoca remota, non è mai stata oggetto di riconoscimento pubblico, né con le modalità previste per le persone giuridiche private dal codice civile vigente, né con quelle di cui agli artt. 862 e 863 del codice civile che disciplinano i consorzi di bonifica e quelli di miglioramento fondiario; non è previsto alcun intervento pubblico nelle varie fasi attinenti alla costituzione, alla nomina degli organi, al funzionamento, ed il finanziamento della società stessa è interamente privato.

La stessa giunta regionale nel provvedimento impugnato riconosce che la sopprimenda società non ha natura di consorzio di bonifica (le deliberazioni impugnate parlano di enti che si configurano di fatto come consorzi irrigui; d'altra parte se la ricorrente avesse potuto essere configurata quale consorzio di bonifica l'estinzione sarebbe stata disposta in applicazione dell'art. 3 quarto comma della legge n. 16/1987).

Infine il fatto che, come sottolinea la regione, sia in dubbio anche la qualificazione della società ricorrente quale consorzio volontario ai sensi dell'art. 918 del codice civile, non porta argomenti a favore della tesi secondo la quale la società ricorrente potrebbe essere assimilata ad un organismo di diritto pubblico, ma conferma solo la difficoltà di classificarla in una delle figure tipiche disciplinate dal codice civile, e la conseguente necessità di inquadrare la stessa fra le associazioni non riconosciute.

5. — Il sospetto di incostituzionalità del suddetto articolo nasce in relazione, in primo luogo, all'art. 117 della Costituzione nel testo in vigore al momento dell'adozione degli atti impugnati.

5.a) — Poiché la legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, che ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione, è entrata in vigore dopo l'adozione dei provvedimenti impugnati e dopo la proposizione dei ricorsi, si ritiene che il parametro di riferimento fini della valutazione della legittimità costituzionale resti il riparto di competenze fissato dal testo originario.

Da un lato infatti il giudizio instaurato è di natura impugnatoria e tende all'annullamento di un provvedimento autoritativo la cui legittimità va valutata alla stregua del principio *tempus regit actum*; dall'altro l'interesse al ricorso va valutato con riferimento esclusivo all'eliminazione di «quel» provvedimento ed al ripristino della situazione giuridica ad esso precedente, ed in tali termini tuttora persiste.

Secondo il testo dell'art. 117 Cost. anteriore alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, la potestà legislativa regionale nella materia della bonifica, di natura concorrente, andava esercitata nei limiti derivanti dai principi fondamentali della legislazione statale nella materia stessa, descritti con precisione dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 326/1998.

Per la parte che qui interessa tale decisione, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità parziale di una legge della Regione Marche in materia di bonifica, riconosce carattere di norme di principio a quelle che discipli-

nano nei lineamenti fondamentali la struttura e l'organizzazione dei consorzi di bonifica configurandoli come espressione, sia pure legislativamente disciplinata e resa obbligatoria, degli interessi dei proprietari dei fondi coinvolti nell'attività di bonifica.

Riconosce anche che la potestà regionale di programmazione ed organizzazione della bonifica si estende al riassetto delle funzioni degli enti pubblici che operano nel settore e, quindi, anche alle funzioni pubblicistiche dei consorzi, con conseguente potere in capo alla regione di trasferire i compiti propri dei consorzi anche ad altri enti pubblici, in relazione alla connessione delle funzioni di bonifica con altre attinenti alla difesa del suolo, alla tutela delle risorse idriche e dell'ambiente. Non si può spingere però, alla stregua delle stesse norme di principio, all'eliminazione della figura giuridica del consorzio di bonifica, stante la combinazione che in esso peculiarmente si realizza fra pubblico e privato per effetto della legislazione nazionale.

In relazione a tali principi e con riferimento alla fattispecie all'esame, si dubita che la regione, oltre a riorganizzare le funzioni di bonifica e, con esse, quelle dei consorzi di bonifica (così come ha fatto la Regione Emilia-Romagna con l'art. 3 della legge regionale n. 16/1987), possa sopprimere ogni organismo di gestione a questi non riconducibile ed in particolare associazioni o soggetti di carattere privato.

Tenuto conto della natura concorrente della potestà legislativa regionale non è manifestamente infondato ipotizzare che in materia di bonifica la facoltà di incidere obbligatoriamente sugli interessi privati debba seguire il procedimento previsto per la costituzione dei consorzi di bonifica che, nella legislazione statale e, quindi, in quella regionale, contempla, sia pure eccezionalmente ed in via residuale, anche la costituzione d'ufficio, vale a dire ad iniziativa pubblica del consorzio fra i proprietari interessati.

Al di fuori di tale previsione solo il legislatore statale potrebbe enunciare il principio secondo cui l'attività di bonifica, anche per gli aspetti gestionali, deve essere riservata esclusivamente ai consorzi di bonifica, e quindi prevedere la soppressione di ogni diversa gestione.

5.b) Da un altro punto di vista la violazione dell'art. 117 Costituzione può essere ipotizzata anche con riferimento al cosiddetto limite del diritto privato. Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, tale limite è fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati (nn. 462 del 1995; 35 del 1992; 391 del 1989; 154 del 1972, n. 82 del 1998) e che comporta l'inderogabilità, da parte del legislatore regionale, delle norme dettate dal codice civile per regolare l'esercizio dell'autonomia negoziale privata, sia che si tratti di norme imperative, sia che si tratti di norme destinate a regolare direttamente i rapporti tra soggetti in assenza di diversa volontà negoziale delle parti. Nella specie, la norma impugnata appare precisamente diretta a sopprimere un soggetto di diritto privato, qualificabile come associazione non riconosciuta, in contrasto con il suo statuto ed in violazione dell'autonomia negoziale riconosciuta dagli artt. 36 e ss. codice civile.

6. — Il sospetto di incostituzionalità sorge infine con riferimento agli artt. 2 e 18 (in relazione alla soppressione di associazioni liberamente costituite), 41 (in relazione alla compressione della libertà di iniziativa economica privata) ed agli artt. 42 e 43 della Costituzione (attesa la mancata previsione di un indennizzo a fronte della devoluzione del patrimonio degli enti da sopprimere ai consorzi di bonifica istituiti per l'ambito territoriale di riferimento).

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata nei termini di cui in motivazione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 16 del 1987 in relazione agli artt. 117, 2, 3, 18, 41, 42, 43 della Costituzione.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale ed ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Sospende il giudizio in corso introdotto col ricorso in epigrafe.

Così deciso in Bologna in data 6 febbraio 2003.

Il Presidente: PAPIANO

Il consigliere relatore estensore: LELLI

N. 620

Ordinanza dell'11 giugno 2003 emessa dal T.a.r. per l'Emilia-Romagna sul ricorso proposto da Società degli Interessati nel Canale degli Otto Mulini ed altro contro Regione Emilia-Romagna ed altro

Consorzi - Consorzi di bonifica - Regione Emilia-Romagna - Soppressione di tutti gli enti, anche di natura privata, operanti nel settore della bonifica e trasferimento ai nuovi consorzi di bonifica delle funzioni e dei rapporti patrimoniali degli enti soppressi - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia, che riconoscono alle Regioni solo compiti di riassetto delle funzioni di bonifica e non anche il potere di soppressione di enti privati - Mancata adozione del procedimento previsto dall'art. 16 c.c. per la costituzione ed estinzione di persone giuridiche - Incidenza sul principio di tutela della proprietà privata - Illegittima legiferazione in materia di diritto privato - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 326/1998.

- Legge della Regione Emilia-Romagna 23 aprile 1987, n. 16, art. 4.
- Costituzione, artt. 2, 3, 18, 41, 42, 43 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 357/1999 proposto dalla Società degli Interessati del Canale degli Otto Mulini e dal sig. Angiolino Alberici, rappresentati e difesi dagli avv. G. Isi e F. Soncini ed elettivamente domiciliati presso l'avv. R. Miniero in Bologna, via Mazzini n. 2/3;

Contro: Regione Emilia-Romagna, rappresentata e difesa dagli avv. Baccolini e F. Rizzo ed elettivamente domiciliata presso gli stessi in Bologna, via San Gervasio n. 10;

Per l'annullamento:

della deliberazione della giunta regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1836/1998 di proposta di soppressione della società ricorrente;

della deliberazione del consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1030/1998 di approvazione della suddetta proposta di soppressione della società ricorrente;

del provvedimento n. 103 del 5 gennaio 1999 con cui il Presidente del Consorzio per la Bonifica Parmense ha comunicato alla ricorrente, in relazione alla disposta soppressione, le modalità per il subentro del Consorzio stesso nei compiti, funzioni e rapporti della società ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione intimata;

Visti gli atti e i documenti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Bruno Lelli;

Uditi alla pubblica udienza del 6 febbraio 2003 gli avv. F. Soncini e S. Baccolini;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con ordinanza n. 11/2000 questo Tribunale amministrativo ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 della Regione Emilia-Romagna in relazione agli articoli 117, 2, 18, 42 e 43 della Costituzione.

La Corte costituzionale con propria ordinanza n. 13/2000, dopo aver considerato che la suddetta questione di legittimità costituzionale è prospettata anzitutto in relazione al superamento del limite dei principi fondamentali che emergono dalla legislazione statale nella materia della bonifica e che vincolano la potestà regionale, invocandosi come parametro l'articolo 117 della Costituzione; e che, successivamente all'emanazione dell'ordinanza di rimessione è stata promulgata ed è entrata in vigore la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione, in considerazione del mutamento della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ha disposto la restituzione degli atti al giudice remittente per nuovo esame dei termini della questione.

In fatto si deve ricordare che, in applicazione dell'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 il Consiglio regionale della Regione Emilia-Romagna, su proposta della giunta, ha soppresso la società ricorrente con effetto dal 1° gennaio 1999, stabilendo altresì che il Consorzio della bonifica parmense le subentri nell'esercizio dei compiti e delle funzioni.

La società ricorrente ha impugnato di fronte a questo giudice amministrativo i suddetti atti di soppressione e nel corso del conseguente giudizio questo Tribunale ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma, art. 4 della legge regionale n. 16/1987, in base alla quale sono stati adottati gli atti impugnati.

Nello specifico la ricorrente impugna la deliberazione della giunta regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1836/1998 di proposta di soppressione della società ricorrente; la deliberazione del Consiglio Regionale della Regione Emilia-Romagna n. 1030/1998 di approvazione della suddetta proposta di soppressione della società ricorrente; il provvedimento n. 103 del 5 gennaio 1999 con cui il presidente del Consorzio per la Bonifica Parmense ha comunicato alla ricorrente, in relazione alla disposta soppressione, le modalità per il subentro del Consorzio stesso nei compiti, funzioni e rapporti della società ricorrente.

Questi i motivi dell'impugnazione:

1. — Erronea applicazione dell'art. 4 legge regionale n. 16/1987; eccesso di potere per falso supposto di fatto ed illogicità manifesta. La soppressione di cui alla norma regionale non può che riguardare i Consorzi irrigui di diritto amministrativo riconducibili al regio decreto 13 febbraio 1933, n. 215; il consorzio ricorrente invece non ha veste pubblicistica né è un consorzio irriguo di natura amministrativa.

2. — Invalidità derivata dall'incostituzionalità dell'art. 4 legge regionale 23 aprile 1987, n. 16 per violazione degli artt. 2, 18, 42, 117 e 118 Costituzione.

Le Regioni, difettandone i poteri, non possono sopprimere enti privati, espropriando fra l'altro senza indennizzo i loro beni.

Nell'udienza del 6 febbraio 2003 la causa è stata discussa con la presenza della ricorrente e della Regione Emilia-Romagna.

Riassunto il processo, le parti hanno affrontato in questa fase la questione alla stregua del nuovo testo costituzionale.

Secondo le parti ricorrenti i profili di incostituzionalità permangono: *a)* per i limiti che legislazione regionale incontrerebbe nella materia di legislazione concorrente del governo del territorio (alla quale andrebbe ricondotta la disciplina della bonifica integrale); *b)* per l'invasione di aree appartenenti alla legislazione esclusiva dello Stato della materia «ordinamento civile e penale», cui darebbe luogo la previsione della soppressione di enti privati; *c)* con riguardo al nuovo testo dell'art. 118, quarto comma, secondo il quale le Regioni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di solidarietà.

Secondo la Regione: *a)* la materia della bonifica integrale rientrerebbe invece in quella dell'«agricoltura e foreste», ex art. 66 d.P.R. n. 616/1977, in ordine alla quale le Regioni non incontrerebbero vincoli, non essendo più ricompresa tale materia fra quelle di competenza concorrente; *b)* non sussisterebbe interferenza nella materia dell'ordinamento civile posto che la norma in questione ha introdotto una disciplina pubblicistica con mere interferenze nei rapporti privatistici ma senza ricadute sull'ordinamento generale; *c)* non sussisterebbe l'interesse dei ricorrenti ad ottenere una pronuncia di incostituzionalità che, comunque, in denegata ipotesi, non potrebbe che essere limitata nel tempo e dunque non precluderebbe l'adozione di un nuovo provvedimento di soppressione.

Nell'udienza del 6 febbraio 2003 la causa è stata discussa con la presenza della ricorrente e della Regione Emilia-Romagna.

D I R I T T O

1. — Come si è esposto in fatto, la causa torna in decisione dopo che la Corte costituzionale con ordinanza n. 13/2002 ha restituito gli atti al giudice remittente in considerazione dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, il cui art. 3 ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione.

Alla stregua del principio di autonomia di ciascun giudizio di costituzionalità in via incidentale si procede a rivalutare la questione nella sua interezza.

2. — In applicazione dell'art. 4 della legge n. 16/1987 il Consiglio regionale, su conforme proposta della giunta, ha soppresso la società ricorrente assumendo, a fondamento della decisione, le seguenti circostanze: la società risulta strutturata come ente ad autonomia piena con compiti irrigui, in analogia con l'attività svolta di norma dai Consorzi di Bonifica; le suddette funzioni sono oggi di competenza dei consorzi di bonifica, essendo intervenuta la classificazione di bonifica dell'intero territorio in cui opera il citato consorzio; la società opera in base all'atto costitutivo dal quale si evince che l'ente si configura di fatto come consorzio irriguo.

3. — La Sezione non ha condiviso la prospettazione principale della società ricorrente, in forza della quale la stessa, non avendo veste pubblicistica né potendo configurarsi quale consorzio irriguo di natura amministrativa, sarebbe stata erroneamente assoggettata alla previsione di soppressione contenuta all'art. 4 della legge regionale n. 16/1987 (sentenza n. 621/2000).

Con tale legge la Regione infatti, al dichiarato fine «di conseguire il necessario coordinamento degli interventi pubblici e privati», ha ritenuto di sottoporre a regime di bonifica l'intero territorio regionale (art. 3, primo comma, già ritenuto dalla Corte costituzionale conforme agli artt. 117, 97 e 18 della Costituzione con la sentenza n. 66/1992); ha previsto l'istituzione per ogni ambito, di un solo consorzio di bonifica destinato a succedere in tutti i diritti e gli obblighi ai preesistenti consorzi ricadenti in tutto o in parte nel comprensorio (art. 3, quarto comma); nell'ambito di tale riorganizzazione, ha ritenuto necessario (art. 4) sopprimere, per farle confluire nei nuovi consorzi, tutte le preesistenti forme di gestione («sono soppressi i consorzi idraulici, di difesa, di scolo e di irrigazione nonché ogni altra forma di gestione non consortile di opere o sistemi di scolo ed irrigui, che ricadono nei comprensori delimitati ai sensi del secondo comma del precedente art. 3»).

È evidente pertanto la volontà del legislatore regionale di ricomprendere in tale previsione tutte le gestioni riconducibili alle funzioni indicate, ancorché di natura privata ed ancorché titolari di concessioni statale di grande derivazione.

Poiché la norma rappresenta il presupposto esclusivo e diretto dell'impugnato provvedimento di soppressione, un'eventuale dichiarazione di fondatezza della sollevata questione implicherebbe, per ciò solo, l'accoglimento dei ricorsi proposti: di qui la rilevanza della questione.

4. — La Sezione ritiene la questione non manifestamente infondata per le considerazioni di cui appresso.

Non è contestata la natura privatistica della ricorrente: costituita in epoca remota, non è mai stata oggetto di riconoscimento pubblico, né con le modalità previste per le persone giuridiche private dal codice civile vigente, né con quelle di cui agli artt. 862 e 863 del codice civile che disciplinano i Consorzi di bonifica e quelli di miglioramento fondiario; non è previsto alcun intervento pubblico nelle varie fasi attinenti alla costituzione, alla nomina degli organi, al funzionamento, ed il finanziamento della società stessa è interamente privato.

La stessa giunta regionale nel provvedimento impugnato riconosce che la sopprimenda società non ha natura di consorzio di bonifica (le deliberazioni impugnate parlano di enti che si configurano di fatto come consorzi irrigui; d'altra parte se la ricorrente avesse potuto essere configurata quale consorzio di bonifica l'estinzione sarebbe stata disposta in applicazione dell'art. 3 quarto comma della legge n. 16/1987).

Infine il fatto che, come sottolinea la Regione, sia in dubbio anche la qualificazione della società ricorrente quale consorzio volontario ai sensi dell'art. 918 del codice civile, non porta argomenti a favore della tesi secondo la quale la società ricorrente potrebbe essere assimilata ad un organismo di diritto pubblico, ma conferma solo la difficoltà di classificarla in una delle figure tipiche disciplinate dal codice civile, e la conseguente necessità di inquadrare la stessa fra le associazioni non riconosciute.

5. — Il sospetto di incostituzionalità del suddetto articolo nasce in relazione, in primo luogo, all'art. 117 della Costituzione nel testo in vigore al momento dell'adozione degli atti impugnati.

5.a) — Poiché la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha sostituito l'intero testo dell'art. 117 della Costituzione, è entrata in vigore dopo l'adozione dei provvedimenti impugnati e dopo la proposizione dei ricorsi, si ritiene che il parametro di riferimento fini della valutazione della legittimità costituzionale resti il riparto di competenze fissato dal testo originario.

Da un lato infatti il giudizio instaurato è di natura impugnatoria e tende all'annullamento di un provvedimento autoritativo la cui legittimità va valutata alla stregua del principio *tempus regit actum*; dall'altro l'interesse al ricorso va valutato con riferimento esclusivo all'eliminazione di «quel» provvedimento ed al ripristino della situazione giuridica ad esso precedente, ed in tali termini tuttora persiste.

Secondo il testo dell'art. 117 Cost. anteriore alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la potestà legislativa regionale nella materia della bonifica, di natura concorrente, andava esercitata nei limiti derivanti dai principi fondamentali della legislazione statale nella materia stessa, descritti con precisione dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 326/1998.

Per la parte che qui interessa tale decisione, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità parziale di una legge della Regione Marche in materia di bonifica, riconosce carattere di norme di principio a quelle che disciplinano nei lineamenti fondamentali la struttura e l'organizzazione dei consorzi di bonifica configurandoli come espressione, sia pure legislativamente disciplinata e resa obbligatoria, degli interessi dei proprietari dei fondi coinvolti nell'attività di bonifica.

Riconosce anche che la potestà regionale di programmazione ed organizzazione della bonifica si estende al riassetto delle funzioni degli enti pubblici che operano nel settore e, quindi, anche alle funzioni pubblicistiche dei consorzi, con conseguente potere in capo alla regione di trasferire i compiti propri dei consorzi anche ad altri enti pubblici, in relazione alla connessione delle funzioni di bonifica con altre attinenti alla difesa del suolo, alla tutela delle risorse idriche e dell'ambiente. Non si può spingere però, alla stregua delle stesse norme di principio, all'eliminazione della figura giuridica del consorzio di bonifica, stante la combinazione che in esso peculiarmente si realizza fra pubblico e privato per effetto della legislazione nazionale.

In relazione a tali principi e con riferimento alla fattispecie all'esame, si dubita che la Regione, oltre a riorganizzare le funzioni di bonifica e, con esse, quelle dei consorzi di bonifica (così come ha fatto la Regione Emilia-Romagna con l'art. 3 della legge regionale n. 16/1987), possa sopprimere ogni organismo di gestione a questi non riconducibile ed in particolare associazioni o soggetti di carattere privato.

Tenuto conto della natura concorrente della potestà legislativa regionale non è manifestamente infondato ipotizzare che in materia di bonifica la facoltà di incidere obbligatoriamente sugli interessi privati debba seguire il procedimento previsto per la costituzione dei consorzi di bonifica che, nella legislazione statale e, quindi, in quella regionale, contempla, sia pure eccezionalmente ed in via residuale, anche la costituzione d'ufficio, vale a dire ad iniziativa pubblica del consorzio fra i proprietari interessati.

Al di fuori di tale previsione solo il legislatore statale potrebbe enunciare il principio secondo cui l'attività di bonifica, anche per gli aspetti gestionali, deve essere riservata esclusivamente ai consorzi di bonifica, e quindi prevedere la soppressione di ogni diversa gestione.

5.b) Da un altro punto di vista la violazione dell'art. 117 Costituzione può essere ipotizzata anche con riferimento al cosiddetto limite del diritto privato. Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, tale limite è fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati (nn. 462 del 1995; 35 del 1992; 391 del 1989; 154 del 1972, n. 82 del 1998) e che comporta l'inderogabilità, da parte del legislatore regionale, delle norme dettate dal codice civile per regolare l'esercizio dell'autonomia negoziale privata, sia che si tratti di norme imperative, sia che si tratti di norme destinate a regolare direttamente i rapporti tra soggetti in assenza di diversa volontà negoziale delle parti. Nella specie, la norma impugnata appare precisamente diretta a sopprimere un soggetto di diritto privato, qualificabile come associazione non riconosciuta, in contrasto con il suo statuto ed in violazione dell'autonomia negoziale riconosciuta dagli artt. 36 e ss. codice civile.

6. — Il sospetto di incostituzionalità sorge infine con riferimento agli artt. 2 e 18 (in relazione alla soppressione di associazioni liberamente costituite), 41 (in relazione alla compressione della libertà di iniziativa economica privata) ed agli artt. 42 e 43 della Costituzione (attesa la mancata previsione di un indennizzo a fronte della devoluzione del patrimonio degli enti da sopprimere ai consorzi di bonifica istituiti per l'ambito territoriale di riferimento).

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata nei termini di cui in motivazione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 16 del 1987 in relazione agli artt. 117, 2, 3, 18, 41, 42, 43 della Costituzione.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale ed ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Sospende il giudizio in corso introdotto col ricorso in epigrafe.

Così deciso in Bologna in data 6 febbraio 2003.

Il Presidente: PAPIANO

Il consigliere relatore estensore: LELLI

N. 621

*Ordinanza del 26 marzo 2003 emessa dal Tribunale di Messina
nel procedimento civile tra Cozzo Antonino ed altro e comune di Ali Terme*

Giustizia amministrativa - Devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di edilizia e urbanistica, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno ingiusto in conseguenza di atti espropriativi ed ablativi - Eccesso di delega.

- Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, artt. 34, commi 1 e 2, e 35, comma 1.
- Costituzione, artt. 76 e 77, primo comma

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la presente ordinanza nella causa civile iscritta al n. 3726/1999 R.G.A.C. promossa da Cozzo Antonino e Cozzo Carmelo, elettivamente domiciliati in Messina, via Centonze n. 158, presso lo studio dell'avv. Giambattista Di Blasi, che lo rappresenta e difende come da mandato in atti, attori;

Contro: comune di Ali Terme, in persona del sindaco *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Messina, via dei Mille, n. 243, presso lo studio dell'avv. Tommasa Pergolizzi, che lo rappresenta e difende come da mandato in atti, convenuti;

Avente ad oggetto: risarcimento danni da occupazione illegittima ed accessione invertita;

A scioglimento della riserva assunta all'udienza del 25 marzo 2002, osserva;

I N D I R I T T O

Gli attori convengono in giudizio avanti questo tribunale il comune di Ali Terme, esponendo che, in forza di ordinanza sindacale n. 135 del 17 novembre 1989, l'ente aveva proceduto all'occupazione in via d'urgenza di un loro fondo in Ali Terme (in catasto al fgl. 1, part. lle 683, 586, 689 e 585) per l'esecuzione di lavori di sistemazione e completamento della strada panoramica di interesse turistico che collega la litoranea s.s. 114 col Capo Ali (Torre Saracena), 1° stralcio. Deducono che l'opera pubblica è stata eseguita ma che, tuttavia, nonostante il decorso del termine fissato per l'occupazione, la procedura espropriativa non è stata ultimata e pertanto l'occupazione è divenuta illegittima.

Il comune convenuto, costituendosi, ha preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione dell'adito giudice ordinario: eccezione nella quale ha insistito all'odierna udienza fissata per il giuramento del nominato consulente tecnico d'ufficio.

I N D I R I T T O

A norma dell'art. 34, commi primo e secondo, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (recante «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 legge 15 marzo 1997, n. 59») «1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia. 2. Agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio».

Secondo orientamento ormai del tutto prevalente, a tale previsione (letta in combinato disposto con il successivo art. 35, a mente del quale «il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli artt. 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto») andrebbe ricondotta anche la presente controversia, proposta successivamente alla sua entrata in vigore (30 giugno 1998) ed avente ad oggetto domanda di risarcimento del danno da occupazione illegittima c.d. (occupazione acquisitiva).

Sennonché della legittimità costituzionale della citata previsione si è dubitato — fondatamente, a giudizio di questo decidente — sotto il profilo dell'eccesso di delega, dal momento che la predetta devoluzione, implicando una nuova giurisdizione esclusiva, sembra in effetti sconfinare dai limiti della delega conferita dall'art. 11, comma 4, lett. g) della legge 15 marzo 1997, n. 59, con riferimento circoscritto «alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento dei danni, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici».

Per tal ragione più volte è già stata sollevata questione di legittimità costituzionale degli artt. 34, primo e secondo comma, e 35, primo comma, originario testo, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, in relazione agli artt. 76 e

77, primo comma, della Costituzione, sia da giudici di merito che dalla Suprema Corte di cassazione (v. Cass. sez. un. 25 maggio 2000, n. 43; 21 giugno 2001, n. 8506; 11 dicembre 2001, n. 15641; trib. Verona, 15 dicembre 2001; trib. Bologna, 6 dicembre 2001; trib. Parma, 1º marzo 2002; trib. Melfi, 27 febbraio 2002; App. Genova, 22 aprile 2002; trib. Forlì, 4 giugno 2002; trib. Lanusei, 1º agosto 2002).

Il dubbio di legittimità costituzionale è stato confermato anche nella sopravvenuta vigenza della legge 21 luglio 2000 n. 205 (recante «Disposizioni in materia di giustizia amministrativa») il cui art. 7 — com'è noto — ha sostituito l'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, sostanzialmente riproducendone il contenuto (con la non significativa aggiunta della previsione, nel primo comma, accanto alle amministrazioni pubbliche, dei soggetti ad esse equiparati), ed ha pure sostituito il successivo art. 35, ripetendone fra l'altro il primo comma, secondo cui il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

Si è negato infatti che il predetto art. 7, inserito in una legge operante a partire dal 10 agosto 2000 (a norma dell'art. 73, terzo comma, della Costituzione), abbia efficacia retroattiva e si è, dunque, escluso che possa trovare applicazione nelle cause a tale data già in corso davanti al giudice ordinario, in deroga alla regola dell'art. 5 cod. proc. civ., secondo cui la giurisdizione si determina in base alla legge del tempo della proposizione della domanda e non può venire meno per effetto di sopraggiunti mutamenti del quadro normativo (influenti solo quando valgano a radicare la giurisdizione del giudice in precedenza adito in difformità della disciplina all'epoca vigente) (vdns. in tal senso, oltre a quelle delle menzionate ordinanze di rimessione rese quando era in vigore la legge n. 205 del 2000, le decisioni: 21 marzo 2001 n. 127, 6 aprile 2001 n. 149, 11 giugno 2001 n. 7867, 16 luglio 2001 n. 9645, 17 luglio 2001 n. 9651, 8 agosto 2001 n. 10957, 28 novembre 2001 n. 15139, 12 dicembre 2001 n. 15717, 14 gennaio 2002 n. 362, 7 febbraio 2002 n. 1760, 14 marzo 2002 n. 3791 e 24 aprile 2002 n. 6043).

È noto che, su quest'ultimo punto, un diverso avviso ha espresso la Corte costituzionale dichiarando la manifesta inammissibilità di alcune delle numerose ordinanze di rimessione già poste al suo esame, in quanto non adeguatamente motivate in relazione ad una non considerata opzione interpretativa del combinato disposto degli artt. 7, legge n. 205/2000, 34 e 45, d.lgs. n. 80/1998. Secondo l'interpretazione prospettata dalla Corte delle leggi, invero, l'art. 7 della sopravvenuta legge n. 205 del 2000 — modificando il testo degli artt. 33, 34 e 35 all'interno del decreto legislativo n. 80 del 1998 — avrebbe non solo sostituito talune norme di un decreto legislativo delegato con altrettante norme di legge formale (così affrancandole dal vizio di eccesso di delega, per il quale la Corte ha già dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 33 del decreto legislativo; sentenza n. 292 del 2000), ma anche disciplinato direttamente la giurisdizione per i giudizi innanzi indicati (così derogando al principio posto dall'art. 5 cod. proc. civ.). A questo ultimo risultato potrebbe in particolare condurre — secondo la tesi proposta — il coordinamento del nuovo testo dei citati articoli del decreto n. 80 del 1998, introdotto dalla legge n. 205 del 2000, con un'altra disposizione del decreto rimasta immutata, cioè con l'art. 45, comma 18, il quale — pur dopo la sostituzione dell'art. 33 e dell'art. 34 operata dalla legge del 2000 — continua a disporre che «le controversie di cui agli artt. 33 e 34 del presente decreto sono devolute al giudice amministrativo a partire dal 1º luglio 1998 (v. Corte cost., ord. 16 aprile 2002, n. 123 in Corr. giur. 2002, 883; Corte cost., ord. 12 luglio 2002, n. 340, in Giust. civ. 2003).

La detta opzione tuttavia non sembra fondatamente percorribile, sicché il dubbio di legittimità permane ed è stato di fatto puntualmente riproposto dalla Suprema corte a sezioni unite già con due ordinanze di rimessione cui questo decidente ritiene, nella evidente rilevanza nel caso in esame, dover prestare adesione.

Si è infatti rilevato, anzitutto, che nessuna deroga al principio di *perpetuatio jurisdictionis* di cui all'art. 5 cod. proc. civ. può nella specie ritenersi autorizzata dal dato normativo. Una tale deroga necessiterebbe invero di una non equivoca previsione, la quale non si rinviene, direttamente od indirettamente, nella legge n. 205 del 2000, e nemmeno è desumibile dal coordinamento delle sue disposizioni con i lavori parlamentari, da cui si evince soltanto l'intento, in linea con i criteri posti dall'art. 5 cod. proc. civ., di conservare alla cognizione del giudice amministrativo i processi che dinanzi allo stesso siano stati in precedenza attivati in base all'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998. Si è inoltre rilevato che la «sostituzione» di una norma, in coerenza con il valore letterale del termine, di regola esprime una vicenda innovativa con effetti *ex nunc*, non comportando l'eliminazione o modificazione *ab origine* della disposizione sostituita, ed anzi sottendendone la persistente operatività fino a quando non ne prenda il posto la disposizione sostitutiva, e che un uso improprio di detto termine da parte dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nel senso della rimozione *ex tunc* dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, non è ricavabile dalla mera appartenenza della norma sostituita ad un testo normativo del quale non sia modificata la data di entrata in vigore, trattandosi di elemento logicamente conciliabile anche con l'intento di conservare la medesima disposizione sostituita fino al momento della sostituzione» (Cass. sez. un., ord. 21 ottobre 2002, n. 14870 in Danno e resp. 2003, fasc. 1, p. 107 s.; Cass. sez. un., ord. 27 settembre-4 novembre 2002 in *Gazzetta Ufficiale* n. 7 del 19 febbraio 2003, 1ª serie speciale).

In conclusione, la ritenuta applicabilità nella presente causa dell'art. 34 originario testo del d.lgs. n. 80 del 1998 rende rilevante la questione di legittimità costituzionale di tale norma, nella parte in cui, in materia urbanistica ed edilizia, sottrae al giudice ordinario e devolve al giudice amministrativo anche le controversie risarcitorie diverse da quelle inerenti a diritti patrimoniali conseguenziali rispetto ad atti o rapporti già di pertinenza di detto

giudice amministrativo, ed anche, di riflesso, dell'art. 35 originario testo, primo comma, dello stesso d.lgs. n. 80 del 1998, nella parte in cui fissa i poteri dello stesso giudice amministrativo pure con riferimento a dette controversie.

La questione non è manifestamente infondata, in relazione agli artt. 76 e 77, primo comma, della Costituzione, e va quindi riproposta, per motivi analoghi a quelli che hanno portato la Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, in quanto la predetta devoluzione, implicando una nuova giurisdizione esclusiva, parrebbe sconfinare dai limiti della delega che è stata conferita dall'art. 11, quarto comma, lett. g), della legge 15 marzo 1997, n. 59, con riferimento circoscritto ai menzionati diritti patrimoniali consequenziali.

Il presente giudizio va conseguentemente sospeso fino alla decisione sull'incidente di costituzionalità.

P. Q. M.

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

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 34, primo e secondo comma, e 35, primo comma, originario testo, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, in relazione agli artt. 76 e 77, primo comma, della Costituzione, per eccesso rispetto alla delega conferita dall'art. 11, quarto comma, lett. g), della legge 15 marzo 1997 n. 59, nella parte in cui, in materia edilizia ed urbanistica, non si limitano ad estendere alle controversie inerenti a diritti patrimoniali consequenziali la giurisdizione di legittimità od esclusiva già spettante al giudice amministrativo, ma istituiscono una nuova figura di giurisdizione esclusiva e piena, con riferimento all'intero ambito delle controversie aventi ad oggetto atti, provvedimenti e comportamenti delle amministrazioni pubbliche;

Ordina trasmettersi gli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio;

Dispone che la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri ed alle parti, ed inoltre comunicata al Presidente del Senato ed al Presidente della Camera dei deputati.

Messina, addì 25 marzo 2003

Il giudice: IANNELLO

03C0928

N. 622

*Ordinanza del 28 marzo 2002 (pervenuta alla Corte costituzionale il 15 luglio 2003)
emessa dal g.u.p. del Tribunale di Cuneo nel procedimento penale a carico di Elidrissi Abdelkarim ed altri*

Processo penale - Rogatorie all'estero - Acquisizione o trasmissione di documenti o altri mezzi di prova a seguito di rogatoria - Divieto di utilizzabilità degli atti acquisiti o trasmessi dall'autorità giudiziaria, privi della specifica certificazione di conformità prevista dall'art. 3 della Convenzione di Strasburgo del 20 aprile 1959 - Estensione della nuova disciplina ai procedimenti in corso - Contrasto con la prassi internazionale invalsa nell'applicazione di tale norma nonché con le disposizioni in materia contenute nei successivi trattati internazionali - Violazione dell'obbligo di adeguamento dell'ordinamento giuridico italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute - Lesione del principio del contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità e del principio della ragionevole durata del processo.

- Codice di procedura penale, artt. 696, 727, comma 5-bis, e 729 (come modificati dagli artt. 9, 12 e 13 della legge 5 ottobre 2001, n. 367); legge 5 ottobre 2001, n. 367, art. 18.
- Costituzione, artt. 10, 111, comma secondo.

IL GIUDICE PER L'UDIENZA PRELIMINARE

Visti gli atti del proc. pen. n. 326/1998 R.G.N.R. e n. 221/1997 R.G. g.i.p. a carico di Elidrissi Abdelkarim ed altri, imputati, in concorso fra loro: di numerosi reati di ricettazione, anche continuata; uso di pubblico sigillo contraffatto; falso materiale in atto pubblico fidefaciente commesso da privato; uso di atto falso aggravato; falso ideologico in atto pubblico indotto mediante errore di fatto; acquisto di cose con pubblica impronta contraffatta; falso materiale in atto pubblico commesso da privato, aggravato dal nesso teleologico; falso materiale in autorizzazione amministrativa commesso da privato; uso di pubblica impronta contraffatta; falso in certificazione amministrativa commesso da privati, aggravato: fatti commessi in Cuneo ed altre località, dal 1996 all'aprile 1997 e per i quali Elidrissi Abdelkarim ed i suoi coimputati sono stati raggiunti da richiesta di rinvio a giudizio in data 27 marzo 1998;

Dato atto che all'udienza del 19 febbraio 2002 è stata sollevata dal p.m. eccezione di illegittimità per contrasto con gli artt. 3, 10, 111, secondo comma della Costituzione, degli artt. della legge 5 ottobre 2001, n. 367 che vietano l'acquisizione mediante rogatoria internazionale dei fascicoli o documenti in copie prive della specifica certificazione di conformità prevista dall'art. 3 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959;

Sentiti i difensori degli imputati, che si sono rimessi alla decisione del giudicante, ed apparendo la questione rilevante e non manifestamente infondata per le ragioni che seguono, ritiene il giudice di dover rimettere gli atti alla Corte costituzionale, previa sospensione del procedimento.

Relativamente al primo profilo, la questione prospettata appare senz'altro rilevante nel presente procedimento dal momento che, in base alle disposizioni di cui alla citata novella, dovrebbe essere ora dichiarata la totale inutilizzabilità dell'intera documentazione ritualmente acquisita dal p.m. presso l'Autorità giudiziaria di Casablanca, inerente la minuziosa ricostruzione delle vicende giuridiche successive all'esportazione e vendita nello Stato del Marocco di ben diciotto autovetture che erano state oggetto di ricettazione in Italia: esportazione e vendita attuate mediante svariate e complesse condotte di contraffazione ed utilizzazione di atti falsi, rispetto alle quali i documenti acquisiti con la rogatoria in oggetto rivestono un decisivo rilievo probatorio.;

Quanto al secondo profilo, si ritiene altresì la questione di legittimità non manifestamente infondata;

Ed invero, con l'art. 9 della citata legge n. 367/2001 il legislatore, modificando la formulazione originaria dell'art. 696, comma 1 c.p.p., ha esplicitamente disposto che gli atti di cooperazione internazionale in materia penale siano disciplinati, oltre che dalle altre norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale, dalle norme della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959.

Viene quindi introdotto nel nostro ordinamento, con la suddetta norma, l'obbligo di osservare il testuale disposto dell'art. 3, comma 3 della Convenzione, secondo cui la Parte richiesta deve trasmettere — salvo che vi sia istanza espressa di trasmissione dei documenti in originale, richiesta che sarà accolta nei limiti del possibile — soltanto «semplici copie o fotocopie dei fascicoli o documenti richiesti», peraltro «muniti di certificazione di conformità».

Occorre rilevare in proposito che nel corso degli anni, con l'affermarsi dei mezzi di comunicazione e di trasmissione sempre più veloci e più efficaci, fra gli stessi Paesi aderenti alla Convenzione si è instaurata una prassi non rigorosamente conforme all'enunciato testuale della norma, nel punto in cui essa prevedeva, nell'ormai lontano 1959, che ciascun fascicolo o documento fosse munito della certificazione di conformità.

La citata norma della Convenzione di Strasburgo ha in sostanza subito, attraverso un comportamento consapevole, costantemente tenuto dagli organi giudiziari nell'esecuzione delle rogatorie internazionali che indubbiamente sono divenute molto più numerose e frequenti negli ultimi decenni, soprattutto a causa dell'intensificarsi dei traffici nell'ambito europeo, un'interpretazione evolutiva, in forza della quale si è giunti costantemente a ritenere adempiuto l'obbligo con il semplice invio degli atti accompagnati da una formale nota di trasmissione della parte richiesta, anziché dalla certificazione di conformità.

Tale prassi interpretativa, consistente nel ritenere la nota formale di trasmissione idonea e sufficiente per conferire agli atti e documenti trasmessi un crisma di ufficialità — prassi che nei Paesi aderenti alla Convenzione di Strasburgo si è consolidata, come si è detto, attraverso un'interpretazione evolutiva di una disposizione della stessa Convenzione — è stata poi recepita anche in molti trattati internazionali più recenti, nei quali risulta omessa qualsiasi indicazione in ordine alle modalità di certificazione: con la conseguenza che gli Stati contraenti riconoscono reciprocamente la regolarità della provenienza degli atti, senza richiedere alcuna formalità di legalizzazione. Ciò è avvenuto fra l'altro proprio nella redazione del trattato in materia fra l'Italia ed il Marocco, sottoscritto a Roma in data 12 febbraio 1971 e ratificato con legge 12 dicembre 1973, n. 1043, nel quale mancano infatti indicazioni relative alle modalità di trasmissione degli atti e dei documenti. Appare indubbio peraltro che, essendo citata tra le fonti normative la Convenzione di Strasburgo nella norma dell'art. 626 c.p.p. come modificata dall'art. 9 della legge in esame, tra l'altro con un carattere di evidente priorità, l'obbligo di osservanza della norma contenuta nella suddetta Convenzione debba valere anche per le rogatorie espletate a cura degli organi giudiziari degli Stati con i quali esistono trattati che nulla dispongano in proposito.

Va poi sottolineato che, in riferimento al citato obbligo di osservare il disposto dell'art. 3, comma 3 della Convenzione di Strasburgo nel suo enunciato testuale, è stata altresì introdotta, con l'art. 13 della legge, la grave sanzione dell'inutilizzabilità assoluta dei documenti o dei mezzi di prova acquisiti o trasmessi in violazione del disposto dell'art. 696 c.p.p., come modificato con la citata legge.

Appare evidente pertanto il contrasto tra l'art. 13 della legge n. 367/2001, che sancisce l'inutilizzabilità assoluta degli atti acquisiti o trasmessi in violazione dell'art. 696, comma 1 c.p.p., e l'art. 10 della Costituzione, secondo il quale l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

Non manifestamente infondata appare la prospettata eccezione di incostituzionalità anche sotto il profilo del contrasto tra alcuni articoli della citata legge — in primo luogo gli artt. 12 e 13 — con l'art. 111, comma 2 della Costituzione: e ciò in riferimento sia al principio del contraddittorio, in base al quale deve svolgersi ogni processo, in condizioni di parità fra parti, e sia al principio della ragionevole durata del processo.

Va considerato infatti, sotto il primo aspetto, che è consentito alla difesa di introdurre in giudizio atti e documenti di qualsiasi tipo e provenienza senz'alcuna formalità (v. art. 237 c.p.p.) mentre il p.m., per acquisire prove e documenti formati all'estero, deve avvalersi delle norme che, a seguito delle modifiche qui in esame, sono divenute tali da rendere più gravosa la sua posizione, dovendo detti documenti essere muniti della certificazione di conformità, onde non incorrere nella dichiarazione di inutilizzabilità: il che determina un'indubbia disparità tra i poteri riconosciuti alla Difesa e quelli del p.m.

Analoghi dubbi di incostituzionalità si prospettano con riferimento all'art. 12 della legge: norma con la quale, mediante l'introduzione del comma 5-bis dell'art. 729 c.p.p., è stato ulteriormente statuito, per l'ipotesi in cui venga formulata la domanda di assistenza giudiziaria ad uno Stato con il quale esiste un trattato che consenta lo svolgimento della rogatoria secondo le modalità previste dal nostro ordinamento, l'onere per l'autorità giudiziaria, e dunque per il p.m. richiedente, di «specificare le modalità, indicando gli elementi necessari per l'utilizzazione processuale degli atti richiesti».

È stato così disposto — in deroga alla regola dettata dall'art. 3, comma 1 della stessa Convenzione di Strasburgo, secondo cui «la parte richiesta farà eseguire (le rogatorie) ... nelle forme previste dalla propria legislazione» — che in ogni caso in cui un trattato lo consenta, si dovrà procedere invece secondo le norme del diritto italiano, e quindi con l'applicazione delle più complesse modalità di acquisire dei documenti di cui sopra si è detto: il che aggrava ulteriormente l'accennata disparità nelle posizioni delle parti.

Va osservato da ultimo che il sistema introdotto con la legge qui esaminata non può che determinare, per effetto delle formalità richieste e delle severe sanzioni di inutilizzabilità (le quali, in base all'art. 729 c.p.p. comma 1 e 1-ter, come modificato dall'art. 13 legge citata, colpiscono non solo i documenti trasmessi ed i mezzi di prova acquisiti, ma addirittura le dichiarazioni, da chiunque rese, aventi ad oggetto il contenuto degli atti — da ritenersi inutilizzabili per l'omissione delle formalità prescritte) una protrazione dei tempi necessari per l'espletamento delle rogatorie: protrazione che non appare giustificata da esigenze connesse alla tutela di diritti costituzionalmente garantiti e che, d'altro canto, determina un inevitabile contrasto con il principio della ragionevole durata del processo, enunciato dall'art. 111 della Costituzione.

È di tutta evidenza, infine, come contrasti con il principio della ragione durata del processo l'art. 18 della legge, che ha sancito l'applicabilità delle disposizioni processuali in essa contenute ai procedimenti pendenti sia che gli stessi si trovino nella fase delle indagini preliminari, sia che i relativi atti già siano acquisiti al fascicolo per il dibattimento, disponendo la rilevanza dell'eventuale causa di nullità o di inutilizzabilità in ogni stato e grado del giudizio: con conseguente prevedibile regressione di molti procedimenti a causa di una mera irregolarità formale e con indubbio rallentamento dei tempi necessari per l'accertamento dei reati.

In base ai rilievi che precedono, appare indubbia la violazione dei richiamati principi costituzionali da parte del combinato disposto degli artt. 9, 12, 13, 18 della Legge n. 367/2001 delle none del c.p.p. che con i predetti articoli sono stati modificati.

P. Q. M.

Vista la legge 11 marzo 1953, n. 87;

Ritenuta la rilevanza della questione ai fini della decisione del presente giudizio; dichiara non manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale degli artt. 696, 727, comma 5-bis e 729 c.p.p., come modificati dagli artt. 9, 12 e 13 legge 5 ottobre 2001 n. 367 e dell'art. 18 stessa legge, per violazione degli artt. 10, 111, secondo comma della Costituzione;

Sospende il presente procedimento nei confronti di tutti gli imputati e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale;

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di competenza, inerenti la notifica della presente ordinanza alle parti ed al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché la comunicazione ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Cuneo, addì 28 marzo 2002

Il giudice: MONGE

N. 623

*Ordinanza del 18 febbraio 2003 emessa dal giudice di pace di Roma
nel procedimento civile vertente tra Ciocca Raffaello e Comune di Roma*

Circolazione stradale - Guida di motocicli - Guida di motociclo di cilindrata superiore a 125 c.c. da parte di soggetto munito di patente B, anziché della prevista patente A - Sanzioni - Mancata differenziazione rispetto alla più grave ipotesi di guida dello stesso motociclo senza patente alcuna - Ingiustificata equiparazione sanzionatoria tra infrazioni di diversa pericolosità - Disparità di trattamento rispetto all'ipotesi di guida di autoveicolo con patente diversa da quella richiesta.

- Codice della strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285), art. 116, comma 13.
- Costituzione, art. 3.

IL GIUDICE DI PACE

Letti gli atti e sciogliendo la riserva di cui all'udienza del 17 febbraio 2003, riguardante la rimessione del giudizio alla Corte costituzionale per illegittimità costituzionale dell'art. 116 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (nuovo codice della strada) in riferimento all'art. 3 della Costituzione,

O S S E R V A

In data 3 settembre 2002 Raffaello Ciocca presentava ricorso avverso il verbale di accertamento di violazione n. 773610/C del 2 settembre 2002, con quale la Polizia municipale di Roma accertava la violazione dell'art. 116 comma 13, C.d.S., perché il conducente Michele Ciocca circolava, sprovvisto del titolo abilitativo, alla guida del motoveicolo Honda 150 tg AM49855 di proprietà del ricorrente, e contestualmente procedeva al fermo amministrativo del mezzo per la durata di mesi tre con verbale n. 41756/02.

Successivamente il ricorrente si costituiva a mezzo di procuratore.

Instaurato il contraddittorio il Comune di Roma non si costituiva ed il ricorrente insisteva nel ricorso e nell'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 116, comma 13 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (nuovo codice della strada) in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

Il giudice di pace si riservava di esaminare la non manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale sollevata da parte ricorrente.

Invero, quanto alla rilevanza della questione *de qua*, è indubbio che il presente giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale *de qua* per i seguenti motivi:

nel caso che ci occupa, al conducente Michele Ciocca ed al proprietario Raffaello Ciocca, in data 2 settembre 2002, in Roma, veniva contestata con verbale n. 773610/C la violazione dell'art. 116, comma 13 C.d.S., perché il predetto conducente, titolare di patente di categoria B conseguita dopo il 1988, circolava alla guida del motoveicolo Honda 150 tg AM49855, per il quale è richiesta patente di categoria A, con conseguente fermo amministrativo del mezzo.

Pertanto, nel caso di specie, il ricorrente Raffaello Ciocca, coobbligato solidale in quanto proprietario del motoveicolo *de quo*, oltre a subire il fermo amministrativo del mezzo che è previsto dall'art. 116, comma 18 quale sanzione accessoria alla violazione dell'art. 116, comma 13, sarebbe obbligato a pagare una sanzione di maggiore entità rispetto a quella prevista dall'art. 125 comma 3 C.d.S., che disciplina il caso del tutto analogo di colui che, munito di patente B, conduca autoveicoli per i quali è prevista una patente diversa.

Si ricorda che la fattispecie *de qua* in origine ricadeva nella previsione di cui all'art. 125, comma 3 C.d.S. e che, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 360 del 1993 (art. 63, comma 1, lett. b), che ha sostituito alla parola veicolo la parola autoveicolo, era rimasta priva di sanzione ed era invalso pertanto l'uso dell'interpretazione estensiva dell'art. 116 comma 13, che prevedeva una sanzione penale. Tale incongruità veniva rilevata dalla Corte costituzionale che con sentenza n. 3 del 1997 dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 116, comma 13 nella parte in cui puniva con sanzione penale colui che munito di patente di categoria B, C o D guidasse un veicolo per il quale era richiesta la patente di categoria A.

Intervenuta la depenalizzazione dell'art. 116, il medesimo articolo, nella nuova formulazione è stato nuovamente applicato al caso di specie reiterando la detta incongruità che si riverbera non più sulla specie della sanzione, penale o amministrativa, ma sull'entità della stessa.

Ciò premesso la norma applicabile al caso di specie è l'art. 116, comma 13 C.d.S., ma ciò comporterebbe un'evidente disparità di trattamento in quanto due condotte analoghe verrebbero sanzionate in maniera diversa.

In ordine alla non manifesta infondatezza della sollevata questione di costituzionalità, risulta chiaro allora che il regime sanzionatorio di cui all'art. 116, comma 13 C.d.S. (che — in seguito alla sua arbitraria applicazione del caso *de quo*, punisce con sanzione amministrativa ben più pesante una condotta, come detto, del tutto analoga se non più grave di quella prevista dall'art. 125, comma 13 C.d.S.) determina una palese violazione dell'art. 3 Cost. sotto due aspetti:

1) sotto il profilo della evidente disparità di trattamento tra l'ipotesi di un soggetto che con patente B ma privo di patente A guidi un motoveicolo superiore a 125 cc, che viene punita con la sanzione amministrativa da 4 a 16 milioni di lire, e quella del soggetto munito di patente B, C o D che guidi un autoveicolo che richieda una patente di categoria diversa (si pensi al soggetto con patente B che si ponga alla guida di un autoarticolato) per la quale l'art. 125, comma 13 C.d.S. prevede la minore sanzione amministrativa dal L. 254.030 a L. 1.016.140;

2) sotto il profilo della manifesta irragionevolezza, che inficia insanabilmente l'ambito di discrezionalità, di cui pure è munito il legislatore nella determinazione del regime sanzionatorio degli illeciti amministrativi.

Infatti il legislatore ha previsto il regime sanzionatorio stabilito nell'art. 116, comma 13 C.d.S. con riferimento all'ipotesi di guida di veicoli da parte di soggetti del tutto privi di patente e appare pertanto manifestamente irragionevole l'interpretazione che ne estende l'applicazione al caso in oggetto.

P. Q. M.

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

Dichiara la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dedotta in relazione all'art. 116, comma 13 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 in riferimento all'art. 3 della Costituzione e specificatamente: artt. 116, comma 13, primo capoverso nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa da lire quattro milioni a lire sedici milioni a carico del titolare di patente B conseguita prima del 1988, privo di patente A, che guidi un motoveicolo superiore a 125 c.c.

Ordina:

la sospensione del giudizio in corso per pregiudizialità costituzionale con immediata trasmissione a cura della Cancelleria di copia autentica della presente ordinanza alla Corte costituzionale in Roma;

la notificazione del presente provvedimento a cura della Cancelleria al Presidente del Consiglio dei ministri ed alle parti di causa;

la comunicazione della presente ordinanza a cura della Cancelleria ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Roma, addì 18 febbraio 2003

Il giudice di pace: NICOTRA

N. 624

*Ordinanza del 12 settembre 2002 (pervenuta alla Corte costituzionale il 17 luglio 2003)
emessa dal Tribunale di Venezia nel procedimento civile vertente tra Solaris One S.r.l. e Etro S.p.a. ed altra*

Esecuzione forzata (in genere) - Opposizione di terzo all'esecuzione - Ricorso introduttivo - Contenuto - Invito al convenuto a costituirsi venti giorni prima dell'udienza fissata dal Giudice dell'esecuzione, o al più tardi alla stessa udienza, con avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'art. 167 cod. proc. civ. - Mancata previsione a pena di nullità - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ai procedimenti di cognizione ordinaria introdotti con citazione - Violazione del principio di eguaglianza.

- Cod. proc. civ., art. 619.
- Costituzione, art. 3.

Esecuzione forzata (in genere) - Opposizione di terzo all'esecuzione - Ricorso introduttivo - Contenuto - Invito al convenuto a costituirsi venti giorni prima dell'udienza fissata dal Giudice dell'esecuzione, o al più tardi alla stessa udienza, con avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'art. 167 cod. proc. civ. - Mancata previsione - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ai procedimenti di cognizione ordinaria introdotti con citazione - Violazione del principio di eguaglianza.

- Cod. proc. civ., art. 163, n. 7.
- Costituzione, art. 3.

Esecuzione forzata (in genere) - Opposizione di terzo all'esecuzione - Ricorso introduttivo - Nullità qualora manchi l'avvertimento al convenuto che la costituzione avvenuta oltre il termine di venti giorni prima dell'udienza fissata dal Giudice dell'esecuzione, o comunque successivamente a tale udienza, implica le decadenze di cui all'art. 167 cod. proc. civ. - Omessa previsione - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ai procedimenti di cognizione ordinaria introdotti con citazione - Violazione del principio di eguaglianza.

- Cod. proc. civ., art. 164, primo comma.
- Costituzione, art. 3.

Esecuzione forzata (in genere) - Opposizione di terzo all'esecuzione - Domande riconvenzionali del convenuto - Necessaria proposizione, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, da depositarsi venti giorni prima dell'udienza fissata dal Giudice dell'esecuzione, o al più tardi alla stessa udienza - Mancata previsione - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ai procedimenti di cognizione ordinaria introdotti con citazione - Violazione del principio di eguaglianza.

- Cod. proc. civ., combinato disposto degli artt. 166 e 167, comma secondo.
- Costituzione, art. 3.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza nella causa civile riassunta con comparsa *ex art.* 125 c.p.c. notificata a mezzo posta in data 8/9 ottobre 1998 ai sensi della legge 21 gennaio 1994 n. 53, da Solaris One S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Gennari del Foro di Venezia giusta procura in calce al ricorso per opposizione di terzo *ex art.* 619 c.p.c. depositato il 4 marzo 1998, attrice opponente in riassunzione;

Contro:

1) Etro S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Margherita Bariè del Foro di Milano e Franco Zambelli del Foro di Venezia giusta procura in calce alla comparsa di costituzione e risposta dd. 30 novembre 1998 nel giudizio riassunto, convenuta opposta in riassunzione;

2) Calle Legrenzi S.r.l., convenuta opposta contumace in riassunzione.

Oggetto: opposizione di terzo *ex art.* 619 c.p.c. — riassunzione ai sensi dell'art. 619, ultimo comma, c.p.c.

I N F A T T O

Con ricorso per opposizione di terzo *ex art.* 619 c.p.c., depositato in data 4 marzo 1998 e diretto al pretore di Venezia (sezione distaccata di Mestre) in funzione di giudice dell'esecuzione, la Solaris One S.r.l., corrente in

Venezia-Mestre, premesso che con contratto dd. 18 novembre 1996 aveva acquistato dalla S.r.l. Calle Legrenzi l'azienda commerciale sita in Venezia-Mestre, Calle Legrenzi n. 18/20, avente ad oggetto la vendita al minuto di articoli per l'abbigliamento;

che le parti, nello stipulare tale contratto, avevano convenuto che gli effetti della cessione d'azienda decorressero dal 15 febbraio 1997, pattuendo altresì che dalla cessione fossero esclusi i debiti ed i crediti aziendali;

che per effetto di detto contratto la società acquirente aveva ottenuto dal Comune di Venezia il rilascio a proprio nome dell'autorizzazione alla vendita prevista dalla legge n. 426/1971;

che nel settembre 1997 l'ufficiale giudiziario, in forza del titolo esecutivo rappresentato da un decreto ingiuntivo emesso in favore della Etro S.p.a. e contro la società Calle Legrenzi S.r.l., aveva proceduto, presso il negozio di Calle Legrenzi n. 18/20, al pignoramento di numerosi capi d'abbigliamento ivi rinvenuti;

che peraltro detti articoli d'abbigliamento appartenevano in proprietà esclusiva all'opponente;

che la cedente S.r.l. Calle Legrenzi — impegnatasi a definire prontamente la propria pendenza con la Etro S.p.a. e ad ottenere da quest'ultima l'immediato abbandono del procedimento esecutivo — non aveva in alcun modo ottemperato a tale impegno, instava affinché, previa sospensione dell'esecuzione e rimessione della causa al Tribunale di Venezia competente per valore, fosse accertato e dichiarato il diritto di proprietà dell'opponente sui beni pignorati, con conseguente accertamento dell'insussistenza del diritto della Etro S.p.a. ad espropriare i beni medesimi.

Con decreto emesso *inaudita altera parte* in data 4 marzo 1998 il pretore, in veste di giudice dell'esecuzione, sospendeva l'esecuzione medesima, fissando per la comparizione delle parti dinanzi a sé l'udienza del 31 marzo 1998.

Con memoria depositata il 28 marzo 1998 si costituiva la sola convenuta opposta Etro S.p.a., instando preliminarmente per la revoca del decreto di sospensione dell'esecuzione e limitandosi a chiedere, nel merito, il rigetto della proposta opposizione di terzo.

La Etro S.p.a. sosteneva di essere stata costretta a coltivare l'esecuzione forzata, non avendo la debitrice S.r.l. Calle Legrenzi rispettato le scadenze previste nel piano di rientro pur concordato con la creditrice in data 24 novembre 1997.

La convenuta opposta escludeva che i beni pignorati appartenessero in proprietà all'opponente Solaris One S.r.l., trattandosi di merce rinvenuta in magazzino; affermava al riguardo che, in base all'art. 2 del contratto di cessione d'azienda, la merce in magazzino doveva ritenersi esclusa dalla cessione medesima.

La Etro S.p.a. escludeva altresì che il patto — stipulato tra cedente e cessionaria d'azienda — limitativo della responsabilità *ex art.* 2560, secondo comma, c.c. fosse opponibile ai terzi.

All'esito di un'ulteriore udienza, tenutasi dinanzi al pretore in veste di giudice dell'esecuzione in data 14 aprile 1998, le parti scambiavano memorie autorizzate.

Nella sua memoria di replica, depositata in data 1º giugno 1998, la convenuta opposta Etro S.p.a. ribadiva le difese già svolte nella memoria di costituzione depositata il 28 marzo 1998, sempre senza svolgere alcuna domanda riconvenzionale ma limitandosi a richiedere — nel merito — il rigetto della proposta opposizione di terzo.

All'esito di un'ulteriore udienza, tenutasi il 7 luglio 1998, il pretore confermava con ordinanza dd. 17 luglio 1998 la già disposta sospensione dell'esecuzione, ordinando — *ex art.* 619, ultimo comma, c.p.c. — che la causa fosse riassunta dinanzi al Tribunale di Venezia, competente per valore.

La Solaris One S.r.l. provvedeva a riassumere il giudizio dinanzi all'intestato Tribunale con comparsa *ex art.* 125 disp. att. c.p.c. notificata nei sensi di cui in epigrafe, ove venivano ribadite le difese già svolte dinanzi al pretore in veste di giudice dell'esecuzione.

Non si costituiva neppure in tale sede, benché ritualmente notificata, l'esecutata Calle Legrenzi S.r.l., della quale era pertanto dichiarata dal G.I. la contumacia.

Si costituiva invece la creditrice opposta Etro S.p.a., ribadendo le difese già svolte nella precedente fase tanto con riferimento all'asserita mancanza di prova della proprietà dei beni pignorati in capo alla Solaris One S.r.l., quanto con riferimento all'operatività, in specie, dell'art. 2560, secondo comma, c.p.c., norma che — a suo avviso — costituiva in ogni caso di per sé un idoneo «titolo» in base al quale procedere all'esecuzione nei confronti della stessa Solaris One S.r.l.

La Etro S.p.a. chiedeva altresì in via riconvenzionale, per l'ipotesi di accoglimento dell'opposizione avversaria, che la Solaris One S.r.l. — in veste di obbligata in solido con la Calle Legrenzi S.r.l. — fosse condannata al pagamento in proprio favore della somma di L. 117.642.453 (ossia L. 142.976.613, somma portata dall'atto di precepto, meno L. 25.334.160, importo nel frattempo pagato da Calle Legrenzi S.r.l. con assegno circolare in data 17 ottobre 1998), maggiorata degli interessi legali dal 21 luglio 1997 al saldo.

A tale ultimo proposito la Etro S.p.a. chiedeva, preliminarmente, che il G.I. pronunciasse ordinanza *ex art. 186-bis e/o 186-ter c.p.c.* per la somma di L. 117.642.453.

Con memoria depositata il 30 marzo 1999 l'opponente Solaris One S.r.l., richiamandosi al disposto dell'art. 185 disp. att. c.p.c., dichiarava di non accettare il contraddittorio sulla domanda riconvenzionale dispiiegata dalla Etro S.p.a. perché tardiva, atteso che ancora in data 31 marzo 1998 si era tenuta dinanzi al pretore, giudice dell'esecuzione, l'udienza di prima comparizione nell'ambito del giudizio di cognizione ordinaria instaurato con il ricorso *ex art. 619 c.p.c.*, e che nessuna domanda riconvenzionale era stata dispiiegata in quella sede.

Con ordinanza dd. 5 luglio 1999 il G.I. rigettava le istanze *ex artt. 186-bis e 186-ter c.p.c.* formulate da Etro S.p.a.

La causa, istruita documentalmente e tramite la chiesta prova orale per testi, era trattenuta una prima volta in decisione all'udienza del 17 novembre 2000.

Il tribunale adito, in composizione monocratica, pronunciava ordinanza dd. 22 marzo 2001 di rimessione alla Corte costituzionale, sollevando d'ufficio questione di costituzionalità in riferimento all'art. 3 Cost., nei termini seguenti:

a) «dell'art. 619 c.p.c. nella parte in cui non dispone che il ricorso introduttivo per opposizione di terzo all'esecuzione debba contenere, a pena di nullità, l'invito all'opposto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con pedissequo decreto, ovvero — al più tardi — alla stessa udienza, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.»;

b) «dell'art. 163 n. 7 c.p.c. nella parte in cui non dispone che il ricorso introduttivo per opposizione di terzo all'esecuzione *ex art. 619 c.p.c.* debba contenere l'invito all'opposto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con pedissequo decreto, ovvero — al più tardi — alla stessa udienza, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.»;

c) «dell'art. 164, primo comma, c.p.c. nella parte in cui non dispone che il ricorso introduttivo per opposizione di terzo all'esecuzione *ex art. 619 c.p.c.* sia nullo qualora manchi l'avvertimento all'opposto che la costituzione avvenuta oltre il termine di venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con pedissequo decreto, o comunque avvenuta successivamente a detta udienza, implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.»;

d) «del combinato disposto degli artt. 166 e 167, secondo comma, c.p.c., nella parte in cui non dispongono che, nel giudizio di opposizione di terzo *ex art. 619 c.p.c.*, l'opposto a pena di decadenza debba proporre le eventuali domande riconvenzionali nella comparsa di risposta, da depositarsi almeno venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con pedissequo decreto, ovvero — al più tardi — alla stessa udienza».

Con propria ordinanza 6 marzo 2002, n. 46 la Corte costituzionale dichiarava manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità come sopra sollevata, evidenziando come la domanda riconvenzionale dell'opposta Etro S.p.a. (cui si correlavano l'avversaria eccezione di intempestività e la conseguente questione di legittimità costituzionale) fosse stata proposta per la sola ipotesi di accoglimento dell'opposizione *ex art. 619 c.p.c.*, mentre il giudice rimettente non si era pronunciato in ordine alla fondatezza o meno dell'anzidetta opposizione, senza quindi chiarire se sussistessero le condizioni alle quali l'esame della domanda riconvenzionale — ed in primo luogo il tema della sua tempestività — risultava esplicitamente subordinato, il che — proseguiva la Consulta — si traduceva in un difetto di motivazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, tale da determinarne la manifesta inammissibilità.

Con ordinanza dd. 11 marzo 2002 il G.I., dato atto che — allo stato — era venuta meno la causa di sospensione determinata dalla rimessione alla Corte costituzionale, invitava le parti a precisare nuovamente le loro conclusioni. All'udienza di precisazione delle conclusioni tenutasi in data 3 maggio 2002, senza che fosse svolta ulte-

riore attività istruttoria, la causa era nuovamente trattenuta in decisione; nell'occasione i difensori di entrambe le parti costituite davano atto dell'avvenuto integrale pagamento, da parte della debitrice Calle Legrenzi S.r.l., di quanto da essa dovuto alla creditrice procedente Etro S.p.a.

Ciascuna delle due parti costituite chiedeva una pronuncia di cessazione della materia del contendere con statuizione a sé favorevole in punto spese, fondata sul giudizio di soccombenza virtuale, giudizio da svolgersi tanto in relazione all'opposizione *ex art.* 619 c.p.c. quanto con riferimento alla domanda riconvenzionale svolta da Etro S.p.a.

I N D I R I T T O

Ritiene questo Tribunale di dover nuovamente sollevare d'ufficio, in quanto rilevante e non manifestamente infondata in relazione all'art. 3 Cost., questione di legittimità costituzionale degli artt. 619 c.p.c., 163 n. 7 c.p.c., 164, primo comma, c.p.c., nonché del combinato disposto degli artt. 166 e 167, secondo comma, c.p.c., nei termini di seguito indicati.

L'opponente *ex art.* 619 c.p.c. Solaris One S.r.l. ha immediatamente eccepito, dinanzi a questo Tribunale, la tardività della domanda riconvenzionale formulata nei suoi confronti dalla Etro S.p.a., avente ad oggetto la condanna della stessa opponente — quale asserito condebitore solidale rispetto all'esecutata Calle Legrenzi S.r.l. — al pagamento della somma di L. 117.642.453.

Detta domanda riconvenzionale risulta essere stata formulata dalla Etro S.p.a. per la prima volta in comparsa di risposta nella presente fase di giudizio svolgentesi dinanzi al Tribunale competente per valore, in seguito alla riassunzione del processo ordinata dal pretore in veste di giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 619, ultimo comma, c.p.c.

Vero è che la comparsa di risposta contenente la domanda riconvenzionale in oggetto è stata depositata nella Cancelleria di questo Tribunale il 18 dicembre 1998, e dunque ben più di venti giorni prima del 15 gennaio 1999, data indicata nell'avversa comparsa di riassunzione *ex art.* 125 disp. att. c.p.c. quale udienza fissa in cui comparire.

Nondimeno va ricordato che, in base all'art. 185 disp. att. c.p.c. (norma invocata dall'opponente Solaris One S.r.l.), «all'udienza di comparizione davanti al giudice dell'esecuzione fissata a norma degli artt. 615, 618 e 619 del codice si applica la disposizione dell'art. 183 del codice».

Pare ragionevole ritenere che la norma ora citata — mai modificata nonostante l'entrata in vigore della legge 26 novembre 1990, n. 353, nonché del successivo decreto-legge 18 ottobre 1995, n. 432 (convertito, con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1995, n. 534) — debba oggi intendersi come riferita non più all'art. 183 c.p.c., bensì al novellato art. 180 c.p.c., disciplinante l'udienza di prima comparizione.

In ogni caso non può dubitarsi che, in base al citato art. 185 disp. att. c.p.c., la fase processuale svolgentesi dinanzi al giudice dell'esecuzione anteriormente alla riassunzione dinanzi al Tribunale competente per valore abbia già le caratteristiche del giudizio di cognizione ordinaria, non configurandosi essa in alcun modo come momento meramente prodromico rispetto alla compiuta instaurazione di detto giudizio di cognizione.

Autorevole dottrina ha sostenuto, in quest'ottica, che «la notificazione del ricorso e del decreto [*ex art.* 619 c.p.c.] vale come citazione della parte opposta a comparire per l'udienza stabilita e come invito alla medesima parte di costituirsi nelle forme stabilite dagli articoli 166 e 314, e, possibilmente, anche nel relativo termine».

In specie nessuna domanda riconvenzionale è stata svolta da Etro S.p.a. nel costituirsi dinanzi al giudice dell'esecuzione con comparsa di risposta depositata il 28 marzo 1998.

Nell'ottica ora illustrata risulterebbe dunque meritevole di accoglimento la tesi dell'opponente Solaris One S.r.l., secondo cui la predetta Etro S.p.a. sarebbe irrimediabilmente incorsa nella decadenza di cui al combinato disposto degli artt. 163 n. 7, 166 e 167, secondo comma, c.p.c., con la conseguente necessità di dichiarare tardiva la dispiegata domanda riconvenzionale.

Pertanto la Etro S.p.a. si difende affermando che, nei procedimenti instaurati con ricorso (qual è appunto il procedimento *ex art.* 619 c.p.c.), non può trovare applicazione l'art. 167, secondo comma, c.p.c. dettato in tema di decadenze, stante l'assenza di uno specifico riferimento normativo.

Sempre Etro S.p.a. sostiene che, accedendo all'impostazione di controparte sulla natura di cognizione ordinaria della fase di giudizio svolgentesi dinanzi al giudice dell'esecuzione (impostazione condivisa da questo Tribunale, come detto, atteso il chiaro disposto dell'art. 185 disp. att. c.p.c.), il ricorso per opposizione di terzo

dovrebbe comunque contenere l'esplicito avvertimento di cui all'art. 163, n. 7, c.p.c., mentre così non è nel caso di specie, ed invero la stessa Solaris One S.r.l. ha ritenuto di inserire detto avvertimento soltanto nel corpo della comparsa in riassunzione *ex art.* 125 c.p.c.

Vero è che, in relazione al procedimento di opposizione *ex art.* 619 c.p.c., introdotto con ricorso e non già con citazione a comparire ad udienza fissa, il legislatore non ha previsto la necessità di inserire nel ricorso introduttivo *ex art.* 619 c.p.c. un avvertimento del genere di quello disciplinato dall'art. 163 n. 7 c.p.c., cui consegue la decadenza della parte opposta dalla facoltà di proporre eventuali domande riconvenzionali qualora essa non si costituisca almeno venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con proprio decreto steso in calce al ricorso (ovvero non si costituisca — al più tardi — in quella stessa udienza, tenuto conto che di regola il termine perentorio per la notificazione del ricorso e del decreto è assai breve, e che non è necessario che intercorrano i termini a comparire *ex art.* 163-*bis* c.p.c. tra il giorno della notificazione e quello della comparizione).

Pertanto, secondo questo Tribunale, quand'anche si ritenesse applicabile analogicamente al ricorso *ex art.* 619 c.p.c. il combinato disposto degli artt. 163 n. 7 c.p.c., 166 c.p.c. e 167, secondo comma, c.p.c. (dettati con esclusivo riferimento ai giudizi instaurati con atto di citazione), non potrebbe comunque mai giungersi ad estendere un'ipotesi di nullità prevista espressamente per l'atto di citazione (dall'art. 164, primo comma, c.p.c., in relazione all'omissione dell'avvertimento di cui all'art. 163, n. 7, c.p.c.) ad un caso non disciplinato in tal senso dal legislatore, poiché ciò costituirebbe violazione del principio di tassatività delle nullità dettato dall'art. 156, primo comma, c.p.c.

Ad avviso di questo Tribunale ciò determina, nel caso — in specie ricorrente — di ricorso *ex art.* 619 c.p.c. non contenente l'avvertimento in oggetto, un'irragionevole disparità di trattamento (art. 3 Cost.) rispetto ai procedimenti di cognizione ordinaria introdotti con citazione.

Il giudizio di opposizione *ex art.* 619 c.p.c., infatti, è a sua volta configurabile come un procedimento di cognizione a rito ordinario, disciplinato in tutto e per tutto dagli artt. 180 e seguenti c.p.c. ancorché introdotto con ricorso (diversamente, ad esempio, dal processo del lavoro, retto da una sua speciale disciplina, ove le preclusioni non sono correlate ad alcun avvertimento, senza che un siffatto impianto normativo speciale sia stato — a suo tempo — censurato di incostituzionalità: cfr. Corte cost. 22 aprile 1980, n. 61; Corte cost. 29 ottobre 1987, n. 347).

In tal senso si è recentemente espressa anche la Corte di legittimità, nel dichiarare manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità sollevata dal giudice *a quo*, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., circa la mancata previsione, in relazione al ricorso introduttivo del procedimento di divorzio, della necessità dell'avvertimento previsto — per il rito ordinario — dal novellato art. 163 n. 7 c.p.c. (cfr. Cass. 7 febbraio 2000, n. 1332).

La S.C. ha fondato la sua valutazione di manifesta infondatezza sul fatto che, nel procedimento divorzile, la fase contenziosa del processo inizia unicamente con la prima udienza avanti all'istruttore e non già con la fase presidenziale, sicché la mancata costituzione del convenuto nella fase presidenziale risulterebbe comunque inidonea a determinare decadenze di sorta (non essendo il convenuto obbligato a costituirsi in tale sede), rimanendo dunque giustificata la mancata previsione normativa dell'avvertimento.

Condivisibile appare a questo Tribunale il rilievo espresso — sia pure incidentalmente — dalla citata Cass. 1332/2000, secondo cui il riconoscimento della non manifesta infondatezza della dedotta questione di costituzionalità — sotto il profilo della lesione del principio di uguaglianza — «si imporrebbe semmai con riferimento ai giudizi di rito ordinario introdotti con ricorso (come, ad esempio, pur a prescindere dal richiamato processo del lavoro, il giudizio di opposizione del debitore o del terzo all'esecuzione già iniziata) nei quali, ad una fase introduttiva strutturata secondo lo schema del ricorso, segue una fase di trattazione ed istruzione concepita avendo di vista lo schema dell'atto di citazione».

Deve osservarsi — in particolare — che un'ingiustificata disparità di trattamento tra il procedimento *ex art.* 619 c.p.c., instaurato con ricorso, ed il giudizio ordinario di cognizione, instaurato con atto di citazione, sussiste tanto a voler ritenere non operante nel procedimento di opposizione *ex art.* 619 c.p.c. il sistema di decadenze delineato dall'art. 167, secondo comma, c.p.c. (come sostiene in principalità l'opposta Etro S.p.a.), quanto a volerlo ritenere operante (come sostiene l'opponente Solaris One S.r.l.).

Nella prima ipotesi la parte opposta verrebbe ad essere ingiustificatamente avvantaggiata rispetto al convenuto evocato in giudizio con atto di citazione, in quanto manterrebbe la facoltà di dispiegare domande riconvenzionali anche dopo l'udienza di prima comparizione *ex art.* 180 c.p.c., tenutasi dinanzi al giudice dell'esecuzione.

Nella seconda ipotesi, per converso, il ricorrente opponente si troverebbe ad essere ingiustificatamente avvantaggiato rispetto all'attore di un ordinario giudizio introdotto con atto di citazione, atteso che la decadenza in oggetto maturerebbe inesorabilmente a carico della controparte anche in assenza di esplicito avvertimento, non comportando ciò — come sopra si è accennato — una nullità dell'atto introduttivo, atteso il principio di tassatività delle nullità dettato dall'art. 156, primo comma, c.p.c.

È innegabile, nel caso sottoposto al giudizio di questo Tribunale, la rilevanza delle questioni come sopra delineate, la cui risoluzione influisce direttamente sulla valutazione in ordine alla tempestività o meno della domanda riconvenzionale *de qua* (domanda dispiegata dalla Etro S.p.a. unicamente dopo la riassunzione disposta dal giudice dell'esecuzione *ex art.* 619, ultimo comma, c.p.c.).

Non sussistono d'altra parte, tra il giudizio di cognizione ordinario introdotto con citazione ed il giudizio di opposizione *ex art.* 619 c.p.c. introdotto con ricorso, differenze ontologiche e strutturali apprezzabili, tali da poter giustificare la qui rilevata disparità di trattamento (ossia differenze del genere di quelle rilevate da Corte cost. 29 maggio 1997 n. 154 nel dichiarare infondate analoghe questioni concernenti la mancata previsione dell'avvertimento *ex art.* 163 n. 7 c.p.c. nell'ambito del giudizio dinanzi al giudice di pace).

Per queste ragioni il Tribunale ritiene non nianifestamente infondate (oltreché direttamente rilevanti ai fini del decidere) le seguenti questioni di legittimità costituzionale, sollevate d'ufficio in riferimento all'art. 3 Cost.:

a) dell'art. 619 c.p.c. nella parte in cui non dispone che il ricorso introduttivo per opposizione di terzo all'esecuzione debba contenere, a pena di nullità, l'invito all'opposto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con *pedissequo decreto*, ovvero — al più tardi — alla stessa udienza, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.;

b) dell'art. 163 n. 7 c.p.c. nella parte in cui non dispone che il ricorso introduttivo per opposizione di terzo all'esecuzione *ex art.* 619 c.p.c. debba contenere l'invito all'opposto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con *pedissequo decreto*, ovvero — al più tardi — alla stessa udienza, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.;

c) dell'art. 164, primo comma c.p.c. nella parte in cui non dispone che il ricorso introduttivo per opposizione di terzo all'esecuzione *ex art.* 619 c.p.c. sia nullo qualora manchi l'avvertimento all'opposto che la costituzione avvenuta oltre il termine di venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con *pedissequo decreto*, o comunque avvenuta successivamente a detta udienza, implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.;

d) del combinato disposto degli artt. 166 e 167, secondo comma, c.p.c., nella parte in cui non dispongono che, nel giudizio di opposizione di terzo *ex art.* 619 c.p.c., l'opposto a pena di decadenza debba proporre le eventuali domande riconvenzionali nella comparsa di risposta, da depositarsi almeno venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con *pedissequo decreto*, ovvero — al più tardi — alla stessa udienza.

Per quanto attiene in particolare alla rilevanza della presente questione di costituzionalità, si rileva altresì che in data odierna il Tribunale Ordinario di Venezia in composizione monocratica ha pronunciato, nel giudizio in corso, sentenza non definitiva con la quale — previa declaratoria di cessazione della materia del contendere (avendo il debitore esecutato Calle Legrenzi S.r.l. pagato, nelle more, l'ammontare dell'intero debito al creditore procedente Etro S.p.a.) — è stata dichiarata fondata, sia pure ai soli fini della pronuncia in tema di soccombenza virtuale, l'opposizione *ex art.* 619 c.p.c. proposta dalla Solaris One S.r.l.

Sempre ai fini della pronuncia sulla soccombenza virtuale, quindi, si pone come rilevante la questione di legittimità costituzionale sopra delineata, dipendendo dalla sua risoluzione l'esito della decisione in punto spese di lite, decisione ovviamente riservata alla pronuncia della sentenza definitiva. Né a ciò può ostare la precedente ordinanza n. 46/2002 di manifesta inammissibilità pronunciata dalla Corte costituzionale, non avendo la stessa carattere decisorio.

La questione di costituzionalità può infatti notoriamente essere riproposta, da parte del medesimo giudice rimettente, qualora la precedente ordinanza di non accoglimento da parte della Corte costituzionale sia stata resa — come in specie — esclusivamente in rito e non abbia dunque carattere decisorio (cfr. Corte cost. n. 536 del 1988; Corte cost. n. 451 del 1989).

Conseguentemente si ordina la rimessione degli atti alla Corte costituzionale, sospendendo il presente giudizio ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

P. Q. M.

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

Solleva d'ufficio, in quanto rilevanti e non manifestamente infondate, le seguenti questioni di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 Cost.:

a) dell'art. 619 c.p.c. nella parte in cui non dispone che il ricorso introduttivo per opposizione di terzo all'esecuzione debba contenere, a pena di nullità, l'invito all'opposto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con pedissequo decreto, ovvero — al più tardi — alla stessa udienza, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.;

b) dell'art. 163 n. 7 c.p.c. nella parte in cui non dispone che il ricorso introduttivo per opposizione di terzo all'esecuzione ex art. 619 c.p.c. debba contenere l'invito all'opposto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con pedissequo decreto, ovvero — al più tardi — alla stessa udienza, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.;

c) dell'art. 164, primo comma, c.p.c. nella parte in cui non dispone che il ricorso introduttivo per opposizione di terzo all'esecuzione ex art. 619 c.p.c. sia nullo qualora manchi l'avvertimento all'opposto che la costituzione avvenuta oltre il termine di venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con pedissequo decreto, o comunque avvenuta successivamente a detta udienza, implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.;

d) del combinato disposto degli artt. 166 e 167, secondo comma, c.p.c., nella parte in cui non dispongono che, nel giudizio di opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c., l'opposto a pena di decadenza debba proporre le eventuali domande riconvenzionali nella comparsa di risposta, da depositarsi almeno venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice dell'esecuzione con pedissequo decreto, ovvero — al più tardi — alla stessa udienza;

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, sospendendo il giudizio in corso;

Ordina che a cura della Cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Venezia, addì 5 settembre 2002

Il giudice estensore: BECCARO

03C0931

N. 625

*Ordinanza del 24 aprile 2003 emessa dal Tribunale di Firenze
nel procedimento penale a carico di Essouihal Nourdin*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Rito direttissimo - Impossibilità per il giudice di emettere una pronuncia di merito (in conseguenza dell'obbligo del rilascio del nulla osta all'espulsione, per l'inapplicabilità della misura della custodia cautelare in carcere) - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione dei diritti inviolabili dell'uomo e della tutela della condizione giuridica dello straniero, regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali (in particolare artt. 5 e 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) - Violazione del diritto di accesso ad un giusto processo e del diritto di difesa - Lesione del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge.

- Codice di procedura penale, art. 558, in combinato disposto con gli artt. 13 e 14 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge 13 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3, 10, 24, 101 e 111.

IL TRIBUNALE

Vista la richiesta di convalida dell'arresto, operato nei confronti di Essouihal Nourdin in atti generalizzato; considerato che il difensore ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della norma da applicare, richiama le ordinanze di rimessione già emesse dal giudicante e da altri giudici monocratici di questo tribunale.

O S S E R V A

In forza del combinato disposto degli artt. 558 c.p.p. e 14, comma 5-*quiquies*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (testo unico delle norme sull'immigrazione e la condizione giuridica degli stranieri), come modificato dalla legge 30 luglio 2002 n. 189, l'arresto dell'imputato, effettuato in relazione al reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter* t.u. cit., dovrebbe essere convalidato da questo giudice e si dovrebbe provvedere a giudizio direttissimo. Si ritiene tuttavia che la novella alle norme del testo unico presenti dei profili di incostituzionalità rilevanti già nella fase della convalida, in quanto attinenti alla stessa costituzionalità della previsione dell'arresto obbligatorio per la fattispecie di cui si tratta, e che pertanto la questione relativa debba essere sollevata già in questa sede.

Infatti, la novella prevede l'arresto — in questo caso obbligatorio, in altri facoltativo — per reati contravvenzionali puniti nel massimo con un anno di arresto, dunque con pena massima edittale lontana per difetto da quella generale prevista per le contravvenzioni, il che è significativo di una valutazione di non eccessiva gravità della condotta da parte del legislatore. Nel codice di procedura penale, invece, l'arresto in flagranza — misura fortemente restrittiva della libertà personale — in generale, e salvi i casi tassativamente previsti al secondo comma dell'art. 381, non è consentito per i delitti puniti con la pena della reclusione pari o inferiore, nel massimo, a tre anni. Ancor più ristretti sono i casi di arresto obbligatorio previsti dall'art. 380 c.p.p., con i quali occorre istituire il raffronto in questo caso, dato che, come s'è già detto, la novella prevede tale categoria di arresto. Il sistema penale, in altri termini, prescrive - l'obbligatorietà della misura restrittiva della libertà personale solo per reali, obiettive situazioni di singolare gravità¹⁾; ma in questo caso, derogando in maniera evidente alla disciplina generale, introduce l'arresto obbligatorio per una contravvenzione neppure particolarmente grave.

Né può obiettarsi che il principio di ragionevolezza, prima implicitamente richiamato, che trova la sua fonte normativa costituzionale nell'art. 3 della Carta fondamentale, non può venire in rilievo in quanto si tratta di normativa dettata solo in relazione agli stranieri, dal momento che lo stesso art. 3 limita il suo ambito di applicazione ai cittadini. Infatti, è del tutto pacifico che la norma richiamata deve coordinarsi con l'art. 2 della Costituzione, che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo indipendentemente dalla nazionalità, e con l'art. 10, secondo comma, Cost., che prevede che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme dei trattati internazionali. Ne consegue che, ove la disciplina giuridica applicabile allo straniero attenga a diritti inviolabili, o comunque a materie oggetto di trattati internazionali, il diverso trattamento deve garantire i diritti inviolabili dell'uomo ed essere rispettoso dei principi dettati dai trattati. Ciò è peraltro ribadito, in linea di principio dall'art. 2 del testo unico citato, che appunto sancisce che allo straniero presente nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto internazionale consuetudinario e dalle convenzioni internazionali, anche se il legislatore che ha recentemente novellato il testo unico sembra, come si dimostrerà, essersene dimenticato. Ora, ampie garanzie in materia di processo penale e di arresto sono oggetto degli artt. 5 e 6 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848, per cui appare inammissibile la discriminazione dello straniero in relazione a tale materia.

Dubbi ancor più evidenti e gravi di incostituzionalità emergono in relazione al rito direttissimo che dalla convalida dell'arresto originerebbe.

Infatti, secondo quanto disposto dal legislatore, appare ineluttabile una pronuncia non di merito nei confronti dell'odierno imputato. Ciò emerge coordinando vari norme della novella, secondo l'*iter* logico che si passa ad illustrare. Il giudice monocratico non può applicare allo straniero arrestato in flagranza per il reato di cui si giudica la misura della custodia cautelare in carcere, non prevista per le contravvenzioni. Dunque, lo straniero potrà — o, per meglio dire, dovrà, dati i ristrettissimi margini di discrezionalità dell'autorità amministrativa — essere espulso, in quanto dall'art. 13, terzo comma, del testo unico, così come novellato, risulta evidente che solo l'applicazione della misura cautelare indicata costituisce impedimento assoluto all'espulsione disposta dal giudice; in caso di mancata applicazione di essa, invece, opera il regime del nulla osta del giudice. Orbene, il giudice ha uno spazio di discrezionalità minimo nel rilasciare il nulla osta: «può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati di procedimenti connessi, e all'interesse della persona offesa»²⁾ oppure se si tratta dei reati previsti dall'art. 407, secondo comma, lett. a), c.p.p. Nell'assoluta maggioranza dei casi, e comunque per il reato per il quale si procede, in cui sembra difficile ipotizzare forme di concorso il cui accertamento richieda la deposizione

1) Così la Corte costituzionale nella sentenza 11 marzo 1970 n. 39, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 220 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza nella parte in cui prevedeva l'arresto obbligatorio in flagranza di chi contravveniva al divieto di comparire mascherato in luogo pubblico.

2) Art. 13, terzo comma, richiamato dal comma 3-*bis* in relazione all'arresto in flagranza.

del coimputato, né è individuabile una persona offesa, l'attuazione dell'espulsione — che quale provvedimento amministrativo costituisce lo stesso presupposto del reato — non può essere impedita dal giudice ed è dunque certa. In caso di espulsione, il giudice, «se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio» — come avviene nel caso di giudizio direttissimo monocratico, che non conosce tale provvedimento, ben diversa essendo la forma e la natura del decreto di presentazione dell'arrestato da parte del pubblico ministero di cui all'art. 558 c.p.p. — «acquisita la prova dell'avvenuta espulsione (...) pronuncia sentenza di non luogo a procedere» ³⁾.

Emerge quindi l'obbligatorietà, nella maggior parte dei casi di reati commessi da immigrati espulsi e comunque — è bene ripeterlo ai fini della rilevanza dell'eccezione di costituzionalità — per il reato contestato all'odierno imputato, della pronuncia di una sentenza di improcedibilità dell'azione penale nei giudizi direttissimi monocratici a carico di tali soggetti. Infatti, interviene a rendere obbligatoria la pronuncia la mera circostanza estrinseca dell'esecuzione dell'espulsione prima della conclusione del giudizio, condizione che si realizza automaticamente, ad esempio, a seguito di richiesta di termini a difesa. Lo straniero viene così privato del diritto di accedere ad un giusto processo, quanto ai fatti contestati, con chiara violazione dell'art. 111 della Costituzione, nonché dell'art. 24 della Costituzione quanto al diritto di difesa, ed ancora degli artt. 5 e 6 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo già citata — che pacificamente ha rango di norma costituzionale in forza di quanto s'è poc'anzi osservato circa il richiamo dell'art. 10, secondo comma, della Costituzione —, articoli che prevedono il diritto per ogni persona privata della propria libertà con un arresto a presentare ricorso davanti ad un tribunale affinché decida sulla legittimità della propria detenzione, ed ancora il diritto a che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente ed in un tempo ragionevole da parte di un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge quanto al fondamento di ogni accusa penale. Nel meccanismo creato dalla novella, invece, la richiesta di un termine a difesa, che realizza un altro dei diritti sanciti dall'art. 6 della convenzione, quello dell'arrestato di «disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa», previsto dalla lett. a) del terzo comma, finisce con l'impedire una decisione di merito, con evidente contrasto con il diritto a provare la propria innocenza: infatti, senza chiedere un termine a difesa, è impossibile per l'arrestato in flagranza dimostrare che la sua permanenza nel territorio dello Stato è legittima, giacché non ha modo di recuperare e produrre la documentazione necessaria alla prova o di ottenere la citazione di testi a difesa. Il contrasto di tutto ciò con l'art. 24 della Costituzione, norma che tutela «tutti», non solo i cittadini italiani, appare evidente.

Se poi si vuol dare dell'espressione «provvedimento che dispone il giudizio» un'interpretazione estensiva, comprensiva della presentazione del pubblico ministero o dell'ordinanza del giudice monocratico che, convalidato l'arresto, dà inizio al rito direttissimo, si risolverebbe il problema del contenuto necessitato della pronuncia, ma non quello della compressione del diritto di difesa: in tal caso, infatti, non si verificherebbe la condizione temporale che costituisce presupposto necessario della pronuncia di non doversi procedere, ovvero l'esecuzione dell'ordine di espulsione prima del provvedimento che dispone il giudizio, dato che lo straniero verrebbe espulso dopo l'inizio del giudizio direttissimo; tuttavia, se solo il giudizio direttissimo non si concludesse, per qualsiasi ragione, in una sola udienza, l'imputato sarebbe subito espulso e non avrebbe modo di difendersi. Sarebbe cioè processato *in absentia* per un fatto esterno, l'esecuzione dell'ordine di espulsione, che in nessun modo può equipararsi alla contumacia, situazione che deriva dalla volontà dell'imputato. Anche in questo caso, dunque, il diritto di difesa viene, più che compresso, quasi impedito: lo straniero potrebbe tentare di dimostrare la sua innocenza solo nel caso in cui il processo si concludesse in una sola udienza, subito dopo la convalida; se invece, per sua richiesta o per altra ragione, il processo viene rinviato, egli viene espulso, sulla base del provvedimento che gli viene contestato di aver violato.

Ulteriore violazione costituzionale ravvisabile in questa disciplina attiene a quanto previsto dall'art. 13 della Costituzione. Infatti — se si dà dell'espressione «provvedimento che dispone il giudizio» quell'interpretazione restrittiva di cui s'è detto, che sola appare fondata — si configura un caso di restrizione della libertà personale, cioè un arresto obbligatorio, che non trova il suo naturale sbocco nell'esercizio dell'azione penale e nel conseguente vaglio giurisdizionale sul merito dell'accusa, vaglio cui si sostituisce una pronuncia di non luogo a procedere conseguente all'avvenuta esecuzione dell'espulsione che consegue al rilascio, come si è visto quasi sempre obbligatorio ed automatico, del nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria. Il giudice finisce così con l'essere espropriato dell'esercizio della giurisdizione e diviene soggetto non alla legge, bensì ad una decisione amministrativa del questore, dalla quale deriva il contenuto necessitato della sua pronuncia, con violazione anche dell'art. 101, secondo comma, della Costituzione.

3) Art. 13, comma 3-*quater*

Alla rilevanza di tutti questi dubbi in questo procedimento si è già accennato, ma è bene ulteriormente sottolineare che l'arresto di cui si tratta dovrebbe essere convalidato in forza di una norma che si ritiene sospetta di incostituzionalità e che, dopo la convalida, si dovrebbe procedere ad un giudizio direttissimo decisamente anomalo, che presenta gli ulteriori profili di incostituzionalità poco sopra argomentati. Conseguentemente, l'incidente di costituzionalità dev'essere sollevato già in questa fase, come richiesto dal difensore, con la sospensione dello stesso giudizio di convalida. Ne deriva che non può farsi luogo al giudizio direttissimo, la cui celebrazione presuppone l'avvenuta convalida dell'arresto, che in questo caso manca, in forza della sospensione. Ulteriore conseguenza, ad avviso di questo giudice, è la restituzione degli atti al pubblico ministero perché proceda con il rito ordinario. Non sembra infatti che si possa sospendere anche il giudizio direttissimo, che non è ancora instaurato.

P. Q. M.

Visto l'art. 23, legge 11 marzo 1953 n. 87, ritenutala rilevante per la decisione di questo giudizio di convalida e del giudizio direttissimo da iniziare, solleva questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 558 c.p.p., 13 e 14 d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (testo unico delle norme sull'immigrazione e la condizione giuridica degli stranieri), come modificato dalla legge 13 luglio 2002 n. 189, nelle parti menzionate in motivazione, per contrasto con gli artt. 3, 10, 24, 101 e 111 della Costituzione. Sospende il giudizio ed ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale. Ordina la notifica, a cura della cancelleria, di questa ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e la sua comunicazione ai Presidenti delle due Camere del Parlamento. Ordina restituirsi gli atti al pubblico ministero affinché proceda con rito ordinario. Ordina l'immediata liberazione dell'imputato se non detenuto o ristretto per altra causa.

Firenze, addì 24 aprile 2003

Il giudice: LAMBERTI

03C0932

N. 626

*Ordinanza del 24 aprile 2003 emessa dal Tribunale di Firenze
nel procedimento penale a carico di Durgo Endre Peter*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Rito direttissimo - Impossibilità per il giudice di emettere una pronuncia di merito (in conseguenza dell'obbligo del rilascio del nulla osta all'espulsione, per l'inapplicabilità della misura della custodia cautelare in carcere) - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione dei diritti inviolabili dell'uomo e della tutela della condizione giuridica dello straniero, regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali (in particolare artt. 5 e 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) - Violazione del diritto di accesso ad un giusto processo e del diritto di difesa - Lesione del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge.

- Codice di procedura penale, art. 558, in combinato disposto con gli artt. 13 e 14 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge 13 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3, 10, 24, 101 e 111.

IL TRIBUNALE

Vista la richiesta di convalida dell'arresto, operato nei confronti di Endre Peter Durgo, in atti generalizzato; considerato che il difensore ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della norma da applicare, richiama le ordinanze di rimessione già emesse dal giudicante e da altri giudici monocratici di questo tribunale.

O S S E R V A

In forza del combinato disposto degli artt. 558 c.p.p. e 14, comma 5-*quiquies*, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (testo unico delle norme sull'immigrazione e la condizione giuridica degli stranieri), come modificato dalla legge 30 luglio 2002 n. 189, l'arresto dell'imputato, effettuato in relazione al reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter* t.u. cit., dovrebbe essere convalidato da questo giudice e si dovrebbe provvedere a giudizio direttissimo. Si ritiene tuttavia che la novella alle norme del testo unico presenti dei profili di incostituzionalità rilevanti già nella fase della convalida, in quanto attinenti alla stessa costituzionalità della previsione dell'arresto obbligatorio per la fattispecie di cui si tratta, e che pertanto la questione relativa debba essere sollevata già in questa sede.

Infatti, la novella prevede l'arresto — in questo caso obbligatorio, in altri facoltativo — per reati contravvenzionali puniti nel massimo con un anno di arresto, dunque con pena massima edittale lontana per difetto da quella generale prevista per le contravvenzioni, il che è significativo di una valutazione di non eccessiva gravità della condotta da parte del legislatore. Nel codice di procedura penale, invece, l'arresto in flagranza — misura fortemente restrittiva della libertà personale — in generale, e salvi i casi tassativamente previsti al secondo comma dell'art. 381, non è consentito per i delitti puniti con la pena della reclusione pari o inferiore, nel massimo, a tre anni. Ancor più ristretti sono i casi di arresto obbligatorio previsti dall'art. 380 c.p.p., con i quali occorre istituire il raffronto in questo caso, dato che, come s'è già detto, la novella prevede tale categoria di arresto. Il sistema penale, in altri termini, prescrive l'obbligatorietà della misura restrittiva della libertà personale solo per reali, obiettive situazioni di singolare gravità¹⁾; ma in questo caso, derogando in maniera evidente alla disciplina generale, introduce l'arresto obbligatorio per una contravvenzione neppure particolarmente grave.

Né può obiettarsi che il principio di ragionevolezza, prima implicitamente richiamato, che trova la sua fonte normativa costituzionale nell'art. 3 della Carta fondamentale, non può venire in rilievo in quanto si tratta di normativa dettata solo in relazione agli stranieri, dal momento che lo stesso art. 3 limita il suo ambito di applicazione ai cittadini. Infatti, è del tutto pacifico che la norma richiamata deve coordinarsi con l'art. 2 della Costituzione, che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo indipendentemente dalla nazionalità, e con l'art. 10, secondo comma, Cost., che prevede che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme dei trattati internazionali. Ne consegue che, ove la disciplina giuridica applicabile allo straniero attenga a diritti inviolabili, o comunque a materie oggetto di trattati internazionali, il diverso trattamento deve garantire i diritti inviolabili dell'uomo ed essere rispettoso dei principi dettati dai trattati. Ora, ampie garanzie in materia di processo penale e di arresto sono oggetto degli artt. 5 e 6 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848, per cui appare inammissibile la discriminazione dello straniero in relazione a tale materia.

Dubbi ancor più evidenti e gravi di incostituzionalità emergono in relazione al rito direttissimo che dalla convalida dell'arresto originerebbe.

Infatti, secondo quanto disposto dal legislatore, appare ineluttabile una pronuncia non di merito nei confronti dell'odierno imputato. Ciò emerge coordinando varie norme della novella, secondo l'*iter* logico che si passa ad illustrare. Il giudice monocratico non può applicare allo straniero arrestato in flagranza per il reato di cui si giudica la misura della custodia cautelare in carcere, non prevista per le contravvenzioni. Dunque, lo straniero potrà — o, per meglio dire, dovrà, dati i ristrettissimi margini di discrezionalità dell'autorità amministrativa — essere espulso, in quanto dall'art. 13, terzo comma, del testo unico, così come novellato, risulta evidente che solo l'applicazione della misura cautelare indicata costituisce impedimento assoluto all'espulsione disposta dal questore; in caso di mancata applicazione di essa, invece, opera il regime del nulla osta del giudice. Orbene, il giudice ha uno spazio di discrezionalità minimo nel rilasciare il nulla osta: «può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati di procedimenti connessi, e all'interesse della persona offesa»²⁾; oppure se si tratta dei reati previsti dall'art. 407, secondo comma, lett. a) c.p.p. Nell'assoluta maggioranza dei casi, e comunque per il reato per il quale si procede, in cui sembra difficile ipotizzare forme di concorso il cui accertamento richieda la deposizione del coimputato, né è individuabile una persona offesa, l'attuazione dell'espulsione — che quale provvedimento amministrativo costituisce lo stesso presupposto del reato — non può essere impedita dal giudice ed è dunque certa. In caso di espulsione, il giudice, «se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio» — come avviene nel caso di giudizio direttissimo monocratico, che non conosce tale provvedimento, ben diversa

1) Così la Corte costituzionale nella sentenza 11 marzo 1970 n. 39, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 220 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza nella parte in cui prevedeva l'arresto obbligatorio in flagranza di chi contravveniva al divieto di comparire mascherato in luogo pubblico.

2) Art. 13, terzo comma, richiamato dal comma 3-*bis* in relazione all'arresto in flagranza.

essendo la forma e la natura del decreto di presentazione dell'arrestato da parte del pubblico ministero di cui all'art. 558 c.p.p. — «acquisita la prova dell'avvenuta espulsione (...) pronuncia sentenza di non luogo a procedere»³⁾.

Emerge quindi l'obbligatorietà, nella maggior parte dei casi di reati commessi da immigrati espulsi e comunque — è bene ripeterlo ai fini della rilevanza dell'eccezione di costituzionalità — per il reato contestato all'odierno imputato, della pronuncia di una sentenza di improcedibilità dell'azione penale nei giudizi direttissimi monocratici a carico di tali soggetti. Infatti, interviene a rendere obbligatoria la pronuncia la mera circostanza estrinseca dell'esecuzione dell'espulsione prima della conclusione del giudizio, condizione che si realizza automaticamente, ad esempio, a seguito di richiesta di termini a difesa. Lo straniero viene così privato del diritto di accedere ad un giusto processo quanto ai fatti contestati, con chiara violazione dell'art. 111 della Costituzione, nonché dell'art. 24 della Costituzione quanto al diritto di difesa, ed ancora degli artt. 5 e 6 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo già citata — che pacificamente ha rango di norma costituzionale in forza di quanto s'è poc'anzi osservato circa il richiamo dell'art. 10, secondo comma, della Costituzione —, articoli che prevedono il diritto per ogni persona privata della propria libertà con un arresto a presentare ricorso davanti ad un tribunale affinché decida sulla legittimità della propria detenzione, ed ancora il diritto a che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente ed in un tempo ragionevole da parte di un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge quanto al fondamento di ogni accusa penale. Nel meccanismo creato dalla novella, invece, la richiesta di un termine a difesa, che realizza un altro dei diritti sanciti dall'art. 6 della convenzione, quello dell'arrestato di «disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa»; previsto dalla lett. a) del terzo comma, finisce con l'impedire una decisione di merito, con evidente contrasto con il diritto a provare la propria innocenza: infatti, senza chiedere un termine a difesa, è impossibile per l'arrestato in flagranza dimostrare che la sua permanenza nel territorio dello Stato è legittima, giacché non ha modo di recuperare e produrre la documentazione necessaria alla prova o di ottenere la citazione di testimoni a difesa. Il contrasto di tutto ciò con l'art. 24 della Costituzione, norma che tutela «tutti», non solo i cittadini italiani, appare evidente.

Se poi si vuol dare dell'espressione «provvedimento che dispone il giudizio» un'interpretazione estensiva, comprensiva della presentazione del pubblico ministero o dell'ordinanza del giudice monocratico che, convalidato l'arresto, dà inizio al rito direttissimo, si risolverebbe il problema del contenuto necessitato della pronuncia, ma non quello della compressione del diritto di difesa: in tal caso, infatti, non si verificherebbe la condizione temporale che costituisce presupposto necessario della pronuncia di non doversi procedere, ovvero l'esecuzione dell'ordine di espulsione prima del provvedimento che dispone il giudizio, dato che lo straniero verrebbe espulso dopo l'inizio del giudizio direttissimo; tuttavia, se solo il giudizio direttissimo non si concludesse, per qualsiasi ragione, in una sola udienza, l'imputato sarebbe subito espulso e non avrebbe modo di difendersi. Sarebbe cioè processato *in absentia* per un fatto esterno, l'esecuzione dell'ordine di espulsione, che in nessun modo può equipararsi alla contumacia, situazione che deriva dalla volontà dell'imputato. Anche in questo caso, dunque, il diritto di difesa viene, più che compresso, quasi impedito: lo straniero potrebbe tentare di dimostrare la sua innocenza solo nel caso in cui il processo si concludesse in una sola udienza, subito dopo la convalida; se invece, per sua richiesta o per altra ragione, il processo viene rinviato, egli viene espulso, sulla base del provvedimento che gli viene contestato di aver violato.

Ulteriore violazione costituzionale ravvisabile in questa disciplina attiene a quanto previsto dall'art. 13 della Costituzione. Infatti — se si dà dell'espressione «provvedimento che dispone il giudizio» quell'interpretazione restrittiva di cui s'è detto, che sola appare fondata — si configura un caso di restrizione della libertà personale, cioè un arresto obbligatorio, che non trova il suo naturale sbocco nell'esercizio dell'azione penale e nel conseguente vaglio giurisdizionale sul merito dell'accusa, vaglio cui si sostituisce una pronuncia di non luogo a procedere conseguente all'avvenuta esecuzione dell'espulsione che consegue al rilascio, come si è visto quasi sempre obbligatorio ed automatico, del nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria. Il giudice finisce così con l'essere espropriato dell'esercizio della giurisdizione e diviene soggetto non alla legge, bensì ad una decisione amministrativa del questore, dalla quale deriva il contenuto necessitato della sua pronuncia, con violazione anche dell'art. 101, secondo comma, della Costituzione.

Alla rilevanza di tutti questi dubbi in questo procedimento si è già accennato, ma è bene ulteriormente sottolineare che l'arresto di cui si tratta dovrebbe essere convalidato in forza di una norma che si ritiene sospetta di incostituzionalità e che, dopo la convalida, si dovrebbe procedere ad un giudizio direttissimo decisamente anomalo, che presenta gli ulteriori profili di incostituzionalità poco sopra argomentati. Conseguentemente, l'incidente di costituzionalità dev'essere sollevato già in questa fase, come richiesto dal difensore, con la sospensione dello

3) Art. 13, comma 3-*quater*

stesso giudizio di convalida. Ne deriva che non può farsi luogo al giudizio direttissimo, la cui celebrazione presuppone l'avvenuta convalida dell'arresto, che in questo caso manca, in forza della sospensione. Ulteriore conseguenza, ad avviso di questo giudice, è la restituzione degli atti al pubblico ministero perché proceda con il rito ordinario. Non sembra infatti che si possa sospendere anche il giudizio direttissimo, che non è ancora instaurato.

P. Q. M.

Visto l'art. 23, legge 11 marzo 1953 n. 87, ritenutala rilevante per la decisione di questo giudizio di convalida e del giudizio direttissimo da iniziare, solleva questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 558 c.p.p., 13 e 14 d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (testo unico delle norme sull'immigrazione e la condizione giuridica degli stranieri), come modificato dalla legge 13 luglio 2002 n. 189, nelle parti menzionate in motivazione, per contrasto con gli artt. 3, 10, 24, 101 e 111 della Costituzione. Sospende il giudizio ed ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale. Ordina la notifica, a cura della cancelleria, di questa ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e la sua comunicazione ai Presidenti delle due Camere del Parlamento. Ordina restituirsi gli atti al pubblico ministero affinché proceda con rito ordinario. Ordina l'immediata liberazione dell'imputato se non detenuto o ristretto per altra causa.

Firenze, addì 24 aprile 2003

Il giudice: LAMBERTI

03C0933

N. 627

*Ordinanza del 5 maggio 2003 emessa dal Tribunale di Milano
nel procedimento penale a carico di Bartos Ion*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Lesione del principio della riserva di giurisdizione in materia di libertà personale - Violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quinquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3, 13, comma terzo e 97.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza.

Bartos Ion veniva tratto in arresto in flagranza del reato di cui all'art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quinquies*, d.lgs. n. 286/1998 e presentato all'odierna udienza per il giudizio di convalida.

L'arrestato, in Italia senza regolare permesso ammetteva di essere stato raggiunto dall'ordine di espulsione, ma non averlo potuto ottemperare, pur essendo suo desiderio ritornare in patria, per mancanza di soldi, vivendo di carità e di assistenza presso istituzioni religiose (Caritas).

Il p.m. chiedeva la convalida dell'arresto obbligatorio.

La difesa si opponeva alla convalida.

Il giudice, chiamato a convalidare l'operato della polizia giudiziaria, rileva profili di incostituzionalità rilevanti e non manifestamente infondati e che, quindi, devono essere sottoposti al vaglio della Corte costituzionale.

1. — Contrasto tra l'art. 14, comma 5-*quinquies* cit. e art. 13 della Costituzione.

L'art. 13 della Costituzione, secondo la lettura che ne è sempre stata data dalla Corte costituzionale (si vedano, per tutte, le pronunce n. 173 del 1971 e n. 503 del 1989) e dalla Corte di cassazione (*cf.* sentenza n. 297 del 1973), legittima il potere di limitazione della libertà personale da parte dell'autorità di pubblica sicurezza solo in quanto anticipazione e supplenza del potere dell'autorità giudiziaria.

Ed infatti, ai sensi dell'art. 386 c.p.p., la polizia giudiziaria deve dare immediata notizia al pubblico ministero di ogni arresto e deve porre a disposizione del p.m. l'arrestato entro 24 ore; e il pubblico ministero ha il potere/dovere di sindacare immediatamente l'operato della polizia giudiziaria, sia sotto il profilo della legittimità che sotto quello delle esigenze cautelari, *ex* art. 389 c.p.p. e 121 disp. att. c.p.p.

Nel caso di specie, è invece attribuito alla polizia giudiziaria il dovere di procedere all'arresto — obbligatorio — dell'indagato per un'illecita contravvenzionale, cui non può seguire l'applicazione di alcuna misura cautelare (*ex* art. 272 e ss. c.p.p. ed in mancanza di previsione speciale).

Viene così riconosciuto alla polizia giudiziaria, in materia di libertà personale, un potere autonomo e superiore rispetto a quello di cui dispone l'autorità giudiziaria, in contrasto con l'art. 13, comma 2 della Costituzione.

L'art. 14, comma 5-*quiquies*, d.lgs. citato, poi, prevede che si proceda con rito direttissimo: con ciò parrebbe risultare limitato il potere/dovere del p.m. di porre immediatamente in libertà l'indagato *ex* art. 121 disp. att. c.p.p. (infatti nel caso in esame non esercitato), in contrasto con il dovere di controllo dell'operato della p.g. *ex* art. 13, secondo comma, Cost.

2. — Contrasto tra l'art. 14, comma 5-*quiquies* e l'art. 3 della Costituzione.

L'arresto obbligatorio, previsto dall'art. 380 c.p.p. è istituito previsto per delitti di particolare gravità puniti con l'ergastolo ovvero con la pena non inferiore nel minimo a cinque anni di reclusione, ovvero altri casi riguardanti delitti certamente molto gravi quanto alle conseguenze sanzionatorie.

Al contrario, il reato per cui si procede è una contravvenzione giudicata dal legislatore stesso di modesta gravità, atteso il tenore sanzionatorio della stessa norma (da sei mesi a un anno di arresto) e dunque ben lontana dalle caratteristiche degli altri casi di arresti obbligatori.

Il fatto che poi all'arresto debba necessariamente seguire la liberazione non potendosi applicare alcuna misura cautelare, comporta un'ulteriore profilo di stridente ed ingiustificata differenza rispetto agli altri casi di arresto obbligatorio dove la restrizione della libertà può seguire a dimostrazione della necessità di privare la libertà personale dell'arrestato.

Infine, è stridente la disparità di trattamento tra cittadini extracomunitari non in regola con la normativa relativa al soggiorno: l'art. 13, comma 13-*ter* dello stesso decreto legislativo non impone l'arresto obbligatorio dello straniero espulso che rientri nel territorio dello Stato (punito con pena identica a quella prevista per lo straniero che non ottempera all'ordine di allontanarsi), neppure se l'espulsione era stata disposta dall'autorità giudiziaria (delitto per il quale è prevista una pena ben più grave e che consente l'applicazione di misure cautelari).

3. — Contrasto con l'art. 97 della Costituzione.

La nuova norma ha comportato un rilevante aggravio di lavoro per ufficiali ed agenti di p.g. che sono obbligati a procedere all'arresto, con tutti gli incombenti conseguenti, cui si aggiunge l'impegno di uomini e mezzi dell'amministrazione penitenziaria prima e giudiziaria poi, senza che quest'attività porti a risultati apprezzabili dato che all'arresto deve necessariamente conseguire la liberazione dell'arrestato in quanto non è possibile applicare alcuna misura cautelare.

In realtà la finalità del legislatore, volta ad ottenere l'espulsione, potrebbe essere più direttamente essere perseguita mediante l'accompagnamento coattivo alla frontiera, per altro già previsto dall'ordinamento, senza dover passare tramite un arresto obbligatorio che non porta alcun contributo al fine, soprattutto tenuto conto del dispendio di energia della p.a.

Che la questione è rilevante nel caso di specie, incidendo sulla convalida dell'arresto che questo giudice è chiamato ad operare, questione del tutto indipendente rispetto alla necessaria liberazione comunque conseguente all'impossibilità di applicazione di misure cautelari.

Sussistendo, quindi, seri dubbi di legittimità della norma in esame in relazione agli artt. 3 e 13 della Costituzione, va disposta la sospensione del procedimento per le valutazioni della Corte.

In mancanza di titolo detentivo, va altresì disposta l'immediata rimessione in libertà dell'indagato, se non detenuto per altra causa.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost. e 23 legge n. 87/1953;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinquies, legge n. 189/2002, nella parte in cui prevede, per il reato previsto al comma 5-ter, l'arresto obbligatorio dell'indagato, per violazione degli artt. 3 e 13 comma terzo della Costituzione;

Dispone l'immediata remissione in libertà di Bartos Ion, se non detenuto per altra causa;

Sospende il presente procedimento ed ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Milano, addì 5 maggio 2003

Dott. TREMOLADA

03C0934

N. 628

*Ordinanza del 7 maggio 2003 emessa dal Tribunale di Milano
nel procedimento penale a carico di Aouini Hichem*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Disparità di trattamento sotto diversi profili - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale.

- D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, commi 5-quinquies, come aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3 e 13, comma terzo.

IL TRIBUNALE

Nel procedimento penale nei confronti di Aouini Hichem, nato a Gaza (Bleslina) il 9 settembre 1979, tratto in arresto in flagranza per il reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, in relazione al comma 5-quinquies, d.lgs. n. 286/1998, e presentato all'odierna udienza per il giudizio di convalida, venendogli contestato di essersi trattato nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito in data 3 febbraio 2003 dal questore di Lecce, ha pronunciato la seguente ordinanza.

All'odierna udienza di convalida il p.m. ha chiesto la convalida dell'arresto, sottolineando come nel caso concreto si versi in ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza.

Il Tribunale, peraltro, chiamato a convalidare l'operato della polizia giudiziaria sulla base della previsione normativa introdotta con l'art. 14 commi 5-ter e 5-quinquies d.lgs. n. 28/1998, non può non rilevare profili di incostituzionalità che non appaiono manifestamente infondati e che sembra pertanto indispensabile sottoporre al vaglio della Corte costituzionale.

A) Ravvisabile contrasto tra l'art. 14 comma 5-quinquies e gli artt. 13 e 3 della Costituzione.

Si osserva, in primo luogo, che l'art. 13 della Costituzione, dopo avere stabilito al primo comma che «la libertà personale è inviolabile», ammette al secondo comma che restrizioni alla detta libertà (detenzione, ispezione e perquisizione) siano operabili solo «per atto motivato dell'autorità giudiziaria» e, al terzo comma, consente all'autorità di pubblica sicurezza, «in casi eccezionali di necessità ed urgenza» di adottare «provvedimenti provvisori», «che devono essere comunicati (...) all'autorità giudiziaria» e che «si intendono revocati e restano privi di ogni effetto» «se questa non li convalida».

Sembra corretto ritenere che la norma attribuisca alla sola autorità giudiziaria la competenza ad operare restituzioni della libertà personale, invece riservando all'autorità di pubblica sicurezza non una analoga, seppur più limitata competenza, ma solo il potere di intervenire in supplenza ed anticipazione dell'operato dell'autorità giudiziaria quando questa, per l'urgenza del caso, non sia in grado di intervenire tempestivamente. Depongono in questa direzione la «provvisorietà» del provvedimento adottato dall'autorità di pubblica sicurezza, provvedi-

mento perciò destinato fin dall'origine ad essere trasformato e superato da altro atto; la «eccezionalità» dei casi, evidenziante la natura essenzialmente derogatoria dell'intervento della polizia rispetto al principio generale dell'intervento dell'autorità giudiziaria; la perdita di ogni effetto del provvedimento adottato dall'autorità di pubblica sicurezza, qualora questo non sia tempestivamente comunicato e convalidato; la stessa configurazione dell'atto dell'autorità giudiziaria come atto di «convalida», che è atto, di norma, inteso come diretto all'eliminazione dei vizi insiti in un precedente atto invalido.

Conforto a questa lettura si rinviene in pronunce della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e nella disciplina che il legislatore ha voluto adottare nel codice di procedura penale.

La Corte costituzionale ha avuto modo di osservare che:

vi è una regola, che attribuisce all'autorità giudiziaria la competenza ad emettere provvedimenti coercitivi della libertà personale, ed una eccezione, rappresentata dal fatto «in sé previsto dal testo costituzionale, che gli organi di polizia debbono provvedere in sostituzione dell'autorità giudiziaria» e che «l'obbligo del decreto motivato di convalida è disposto nell'art. 13 comma terzo della Costituzione per ogni provvedimento provvisorio preso dall'autorità di pubblica sicurezza in sostituzione del giudice e quindi per ogni provvedimento di arresto (obbligatorio o facoltativo) o di fermo» (Corte cost. n. 71/173);

le finalità sottese all'arresto in flagranza sono perseguibili «soltanto attraverso l'immediato intervento dell'autorità di polizia in temporanea vece dell'autorità giudiziaria, lontana normalmente dalla flagranza o quasi flagranza dei reati» (Corte cost. n. 89/503)

La Corte di cassazione ha affermato che nel caso di arresto in flagranza (secondo la sentenza 14 luglio 1971, n. 173, della Corte costituzionale) il titolo legittimo della detenzione è costituito da una fattispecie complessa, in cui l'attività della polizia giudiziaria deve collegarsi al provvedimento di convalida dell'autorità giudiziaria, il quale soltanto costituisce l'atto con cui si esercita il controllo della legittimità dell'operato della polizia giudiziaria e, ad un tempo, il titolo formale della detenzione stessa, cui la legge conferisce efficacia *ex tunc* (Cass. n. 73/297).

Il sistema introdotto dal legislatore con il vigente codice di procedura penale prevede infine che la polizia giudiziaria che ha eseguito l'arresto:

ne dia immediata notizia al pubblico ministero (art. 386, primo comma, c.p.p.);

ponga l'arrestato a disposizione del pubblico ministero al più presto e comunque non oltre ventiquattro ore dall'arresto (art. 386, terzo comma, c.p.p.), a pena di inefficacia dell'arresto medesimo (art. 386, ultimo comma, c.p.p.)

e, correlativamente, attribuisce al pubblico ministero il potere/dovere di sindacare da subito l'operato della polizia giudiziaria:

sotto il profilo della legittimità, disponendo l'immediata liberazione della persona che sia stata arrestata al di fuori dei casi consentiti (art. 389 c.p.p.);

sotto il profilo dell'insussistenza di esigenze cautelari, disponendo, anche in questo caso, l'immediata liberazione dell'arrestato (art. 121 disp. att. c.p.p.).

Anche le scelte operate dal legislatore nella materia in oggetto sembrano dunque orientate inequivocabilmente nel senso di configurare l'operato della polizia giudiziaria come mera anticipazione dell'attività giuridica dell'autorità giudiziaria, la quale, infatti, in tempi tassativamente assai brevi, è chiamata ad essere investita della questione e ad intervenire con le più ampie valutazioni, anche e soprattutto se dissonanti rispetto a quelle della polizia medesima.

Una lettura nel senso anzidetto appare del resto in linea con quanto affermato, sia pure con riferimento a problematica diversa, dalla Corte costituzionale, secondo la quale «la presentazione per il giudizio direttissimo da parte degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria non rappresenta una attività ad iniziativa della polizia giudiziaria ma una sorta di attività delegata del pubblico ministero che si esplica sotto il costante controllo di quest'ultimo, al quale deve essere data immediata notizia dell'arresto e che è tenuto a formulare l'imputazione» (Corte cost. n. 98/374).

In sintesi, sembra corretto concludere che sia il tenore letterale della norma, sia l'orientamento interpretativo espresso con le decisioni citate, sia l'impostazione che l'ordinamento positivo è andato via via assumendo nel tempo, soprattutto nell'ambito del procedimento penale, convergono nell'escludere che l'art. 13 Costituzione attribuisca all'autorità di pubblica sicurezza un autonomo potere di limitazione della libertà personale, mentre invece inducono a ritenere che esso legittimi l'anzidetto potere esclusivamente in quanto anticipazione e supplenza del potere dell'autorità giudiziaria: con l'ovvia, necessaria conseguenza che all'autorità di pubblica sicurezza non può essere conferito un potere più esteso di quello riconosciuto all'autorità giudiziaria.

Ebbene, nei confronti di chi sia indagato per il reato previsto dall'art. 14, comma 5-ter d.lgs. n. 286/1998, come recentemente modificato, l'autorità giudiziaria non dispone di alcun potere di limitazione della libertà personale in quanto:

l'illecito è configurato come contravvenzione punita con pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dunque, in quanto tale, risulta completamente estraneo alla previsione degli artt. 272 e seguenti c.p.p. in materia di misure cautelari;

non si rinvenivano norme speciali che consentano l'applicazione di misura cautelare in deroga alle anzidette disposizioni generali.

Appare dunque seriamente ipotizzabile un contrasto dell'art. 14, d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 286/1998, nella parte in cui, attribuendo alla polizia giudiziaria il potere/dovere di procedere all'arresto (per giunta obbligatorio) dell'indagato, conferisce alla stessa un potere autonomo e superiore rispetto a quello di cui dispone l'autorità giudiziaria.

Non vale ad escludere la sussistenza di un ravvisabile contrasto tra la norma in esame e l'art. 13 Costituzione la considerazione che, attraverso l'attivazione dell'art. 121 disp. att. c.p.p., la libertà dell'indagato verrebbe comunque salvaguardata: il meccanismo approntato dalle disposizioni del codice di procedura penale è sì congenito in modo da determinare il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria ma certamente non è idoneo ad impedire che una sia pur temporanea limitazione della libertà personale abbia luogo: trattandosi di una limitazione che, come si è detto, appare consentita dalla legge in contrasto con la previsione dell'art. 13 Cost., non sembra che possano avere rilievo «soglie quantitative» più o meno basse, soprattutto considerando che la limitazione viene arrecata nella forma più grave, quella della detenzione.

Ma, in verità, si ha perfino ragione di dubitare che l'art. 14, d.lgs. n. 286/1998 introduca una implicita ma necessaria deroga all'art. 121 disp. att. c.p.p., là ove dispone che «si procede con rito direttissimo». Invero, sebbene non sia astrattamente da escludere che un giudizio direttissimo possa celebrarsi, entro quarantotto ore, nei confronti di indagato rimesso in libertà, si deve prendere atto del fatto che la norma non disciplina in alcun modo come, nei ristrettissimi tempi anzidetti, debba essere formulata la contestazione da parte del pubblico ministero, la stessa debba essere portata a conoscenza dell'imputato e questi debba essere convenuto in giudizio: e lascia dunque desumere che la *ratio* ad essa sottostante sia in realtà quella di condurre l'imputato al giudizio direttissimo in stato di detenzione.

Ebbene, interpretata in questo senso, la norma risulterebbe ancor più in contrasto con le disposizioni costituzionali perché:

prevederebbe in sostanza che il pubblico ministero abdichi al suo potere/dovere di controllare, almeno sotto il profilo della sussistenza di esigenze cautelari, l'operato della polizia giudiziaria, facendogli in tal modo dismettere la funzione assegnatagli dalla Costituzione, e, corrispondentemente, esalterebbe ancor più l'espansione dei poteri della polizia giudiziaria, con ancora più accentuato contrasto con l'art. 13 Costituzione;

introdurrebbe una grave disparità di trattamento tra la persona che, arrestata per il reato in considerazione (contravvenzione punita con pena edittale non particolarmente afflittiva) e certamente non soggetta all'applicazione di alcuna misura cautelare, si vedrebbe comunque esposta alla concreta possibilità di necessaria detenzione fino a quarantotto ore; e la persona che, arrestata per delitto ben più grave ma rientrante nella disciplina generale, potrebbe confidare in una tempestiva liberazione sebbene per l'illecito commesso sia astrattamente applicabile perfino la custodia in carcere: con conseguente violazione dell'art. 3 Costituzione.

Il tutto, si noti, in un contesto nel quale le esigenze di carattere amministrativo potrebbero comunque essere adeguatamente salvaguardate, atteso che, espressamente, la norma stabilisce che «al fine di assicurare l'esecuzione dell'espulsione», il questore può disporre il trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza temporanea (art. 14, comma 5-*quinqies*).

B) Ravvisabile contrasto tra l'art. 14, comma 5-*quinqies* e l'art. 3 della Costituzione

Sotto diverso ed ulteriore profilo la previsione dell'art. 14, comma 5-*quinqies* appare suscettibile di censura.

La disposizione in esame, infatti, introduce la previsione dell'arresto obbligatorio nei confronti di chi sia indagato del reato previsto dal precedente comma 5-ter.

Ora, è ben vero che la valutazione circa la gravità del fatto e la conseguente necessità di procedere comunque all'arresto di chi ne appaia responsabile, è valutazione rimessa al discrezionale apprezzamento del legislatore, come tale sottratto in genere ad un giudizio di costituzionalità in relazione all'eventuale violazione dell'art. 3 Costituzione.

Nel caso di specie, peraltro, il confronto tra le diverse fattispecie è così ravvicinato e stringente da far apparire possibile una diversa soluzione.

Invero, l'art. 13, comma 13-ter introduce l'arresto facoltativo (in tal senso sembra corretto intendere l'espressione «è sempre consentito»):

in relazione al reato previsto dal precedente comma 13, che, in quanto sostanziatesi nella condotta dello straniero espulso che fa rientro nello Stato ed in quanto punito con pena identica a quella comminata al reato previsto dall'art. 14, comma 5-ter, appare valutato dal legislatore di pari gravità, per sostanziale omogeneità della condotta e per identità di sanzione;

in relazione al reato previsto dal precedente comma 13-bis, che, nella stessa, evidente valutazione del legislatore, è assai più grave, trattandosi di trasgressione ad un divieto espresso dal giudice, configurato come delitto punito con pena della reclusione fino a quattro anni e dunque perfino suscettibile di applicazione di misura cautelare.

Sembra dunque corretto ritenere che l'art. 14, comma 5-quinquies, prevedendo l'arresto obbligatorio del contravventore, riservi al medesimo un trattamento decisamente più affittivo di quello riservato, per fatti analoghi o addirittura più gravi, nel medesimo testo normativo, senza che, dalle norme, sia desumibile la sussistenza di una indicazione di ragionevolezza di una simile scelta.

Per i motivi ora esposti, ritiene questo tribunale che sussistano seri dubbi di legittimità della norma in esame e che, da ciò, consegua la necessità di sospensione del procedimento per sottoporre la questione al giudice delle leggi.

La necessità di sospensione del procedimento impone comunque l'immediata remissione in libertà dell'imputato in mancanza di adeguato titolo detentivo.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost. e 23 legge n. 87/1953;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinquies legge n. 189/2002 nella parte in cui prevede, per il reato previsto al comma 5-ter, l'arresto obbligatorio dell'indagato, per violazione degli artt. 3 e 13 comma terzo della Costituzione;

Dispone l'immediata remissione in libertà dell'imputato;

Sospende il presente procedimento e ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Milano, addì 7 maggio 2003

Dott.ssa: BUSACCA

03C0935

N. 629

*Ordinanza del 5 maggio 2003 emessa dal Tribunale di Milano
nel procedimento penale a carico di El Sayed Tawfik*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Attribuzione alla polizia giudiziaria di un potere autonomo e superiore rispetto a quello riconosciuto alla autorità giudiziaria - Irragionevole disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Lesione del principio della riserva di giurisdizione in materia di libertà personale - Violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-quinquies, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3, 13, comma terzo e 97.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza.

L'imputato Tawfik veniva tratto in arresto in flagranza del reato di cui all'art. 14, commi 5-ter e 5-quinquies d.lgs. n. 286/1998 e presentato all'odierna udienza per il giudizio di convalida.

L'arrestato, in Italia senza regolare permesso dichiarava di non aver compreso l'ordine di espulsione.

Il p.m. chiedeva la convalida dell'arresto obbligatorio.

La difesa si opponeva alla convalida sollevando eccezione d'incostituzionalità della norma.

Il giudice, chiamato a convalidare l'operato della polizia giudiziaria, rileva profili di incostituzionalità rilevanti e non manifestamente infondati e che, quindi, devono essere sottoposti al vaglio della Corte costituzionale.

1. — Contrasto tra l'art. 14, comma 5-*quiquies* cit. e art. 13 della Costituzione.

L'art. 13 della Costituzione, secondo la lettura che ne è sempre stata data dalla Corte costituzionale (si vedano, per tutte, le pronunce n. 173 del 1971 e n. 503 del 1989) e dalla Corte di cassazione (*cf.* sentenza n. 297 del 1973), legittima il potere di limitazione della libertà personale da parte dell'autorità di pubblica sicurezza solo in quanto anticipazione e supplenza del potere dell'autorità giudiziaria.

Ed infatti, ai sensi dell'art. 386 c.p.p., la polizia giudiziaria deve dare immediata notizia al pubblico ministero di ogni arresto e deve porre a disposizione del p.m. l'arrestato entro 24 ore; e il p.m. ha il potere/dovere di sindacare immediatamente l'operato della polizia giudiziaria, sia sotto il profilo della legittimità che sotto quello delle esigenze cautelari, *ex* art. 389 c.p.p. e 121 disp. att. c.p.p.

Nel caso di specie, è invece attribuito alla polizia giudiziaria il dovere di procedere all'arresto — obbligatorio — dell'indagato per un'illecita contravvenzionale, cui non può seguire l'applicazione di alcuna misura cautelare (*ex* art. 272 e ss. c.p.p. ed in mancanza di previsione speciale).

Viene così riconosciuto alla polizia giudiziaria, in materia di libertà personale, un potere autonomo e superiore rispetto a quello di cui dispone l'autorità giudiziaria, in contrasto con l'art. 13 comma 2 della Costituzione.

L'art. 14, comma 5-*quiquies*, d.lgs. citato, poi, prevede che si proceda con rito direttissimo: con ciò parrebbe risultare limitato il potere/dovere del p.m. di porre immediatamente in libertà l'indagato *ex* art. 121 disp. att. c.p.p. (infatti nel caso in esame non esercitato), in contrasto con il dovere di controllo dell'operato della p.g. *ex* art. 13, secondo comma Cost.

2. — Contrasto tra l'art. 14, comma 5-*quiquies* e l'art. 3 della Costituzione.

L'arresto obbligatorio, previsto dall'art. 380 c.p.p. è istituito previsto per delitti di particolare gravità puniti con l'ergastolo ovvero con la pena non inferiore nel minimo a cinque anni di reclusione, ovvero altri casi riguardanti delitti certamente molto gravi quanto alle conseguenze sanzionatorie.

Al contrario, il reato per cui si procede è una contravvenzione giudicata dal legislatore stesso di modesta gravità, atteso il tenore sanzionatorio della stessa norma (da sei mesi a un anno di arresto) e dunque ben lontana dalle caratteristiche degli altri casi di arresti obbligatori.

Il fatto che poi all'arresto debba necessariamente seguire la liberazione non potendosi applicare alcuna misura cautelare, comporta un'ulteriore profilo di stridente ed ingiustificata differenza rispetto agli altri casi di arresto obbligatorio dove la restrizione della libertà può seguire a dimostrazione della necessità di privare la libertà personale dell'arrestato.

Infine, è stridente la disparità di trattamento tra cittadini extracomunitari non in regola con la normativa relativa al soggiorno: l'art. 13, comma 13-*ter* dello stesso decreto legislativo non impone l'arresto obbligatorio dello straniero espulso che rientri nel territorio dello Stato (punito con pena identica a quella prevista per lo straniero che non ottempera all'ordine di allontanarsi), neppure se l'espulsione era stata disposta dall'autorità giudiziaria (delitto per il quale è prevista una pena ben più grave e che consente l'applicazione di misure cautelari).

3. — Contrasto con l'art. 97 della Costituzione.

La nuova norma ha comportato un rilevante aggravio di lavoro per ufficiali ed agenti di p.g. che sono obbligati a procedere all'arresto, con tutti gli incombenti conseguenti, cui si aggiunge l'impegno di uomini e mezzi dell'amministrazione penitenziaria prima e giudiziaria poi, senza che quest'attività porti a risultati apprezzabili dato che all'arresto deve necessariamente conseguire la liberazione dell'arrestato in quanto non è possibile applicare alcuna misura cautelare.

In realtà la finalità del legislatore, volta ad ottenere l'espulsione, potrebbe essere più direttamente essere perseguita mediante l'accompagnamento coattivo alla frontiera, per altro già previsto dall'ordinamento, senza dover passare tramite un arresto obbligatorio che non porta alcun contributo al fine, soprattutto tenuto conto del dispendio di energia della p.a.

Che la questione è rilevante nel caso di specie, incidendo sulla convalida dell'arresto che questo giudice è chiamato ad operare, questione del tutto indipendente rispetto alla necessaria liberazione comunque conseguente all'impossibilità di applicazione di misure cautelari.

Sussistendo, quindi, seri dubbi di legittimità della norma in esame in relazione agli artt. 3 e 13 della Costituzione, va disposta la sospensione del procedimento per le valutazioni della Corte.

In mancanza di titolo detentivo, va altresì disposta l'immediata rimessione in libertà dell'indagato, se non detenuto per altra causa.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost. e 23 L. n. 87/1953;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5-quinquies L. 189/2002, nella parte in cui prevede, per il reato previsto al comma 5-ter, l'arresto obbligatorio dell'indagato, per violazione degli artt. 3 e 13 comma terzo della Costituzione;

Dispone l'immediata remissione in libertà dell'imputato Tawfik, se non detenuto per altra causa;

Sospende il presente procedimento ed ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Milano, addì 5 maggio 2003

FIRMA ILLEGGIBILE

03C0936

N. 630

Ordinanza dell'11 gennaio 2003 (pervenuta alla Corte costituzionale il 17 luglio 2003) emessa dal Tribunale di Firenze nel procedimento penale a carico di Ben Amor Chokri ed altro

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine di allontanamento, entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - Applicabilità della misura soltanto ai cittadini extracomunitari e agli apolidi - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione dei diritti inviolabili dell'uomo - Contrasto con i principi sanciti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Violazione dell'obbligo di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale al pieno sviluppo della persona umana.

- Codice di procedura penale, art. 558, in combinato disposto con l'art. 14 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge 13 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 2, 3, 10, 24, 101, 111.

IL TRIBUNALE

Sulla richiesta di convalida dell'arresto operato nei confronti di Ben Amor Chokri, nato a Beirut (Libano) il 27 marzo 1972 e Kantasa Halim, nato in Algeria l'11 novembre 1969 in relazione al reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, testo unico n. 286/1998, come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189;

Interrogati i medesimi;

Ritenuto che la novella al testo unico citato presenti dei profili di incostituzionalità che debbono essere affrontati già nella fase di convalida dell'arresto, con particolare riferimento alla posizione dell'arresto obbligatorio per una fattispecie contravvenzionale;

Osservato che l'arresto obbligatorio in flagranza — misura precautelare che incide fortemente sulla libertà personale — è previsto solo per delitti puniti con la reclusione, pari o inferiori, nel massimo, a tre anni, che rivestono, quindi, una particolare gravità nel contesto sociale generale e/o che influiscono negativamente sul mantenimento dell'ordine pubblico;

Ritenuto che l'ordinamento giuridico penale prescrive l'obbligatorietà della misura restrittiva della libertà personale in situazioni di singolare importanza;

Ritenuto che non appare legittima la deroga alla disciplina generale per sanzioni contravvenzionali, non particolarmente gravi;

Ritenuto, anche sotto il profilo della irragionevolezza della norma di cui all'art. 14, comma 5-ter testo unico citato, che si tratta di una misura che si applica solo in relazione ai cittadini extracomunitari e agli apolidi, quando invece il diverso trattamento riservato loro, in materia attinente i diritti inviolabili, non appare in sintonia con i principi sanciti nelle convenzioni internazionali per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificate con legge 4 agosto 1955, n. 848;

Rilevato che appare inammissibile la discriminazione dello straniero in relazione a detta materia;

Rilevato altresì che Ben Amor Chokri non è mai stato trattenuto presso centri di permanenza temporanea precedentemente l'emissione dell'ordine di allontanamento dal territorio italiano emesso dal questore di Parma in data 11 dicembre 2002, in esecuzione del decreto di espulsione del prefetto di Parma del 7 febbraio 1989; che solo il trattenimento dello straniero presso tali centri o il decorso dei termini di permanenza legittimano l'ordine di allontanamento dello straniero dal territorio italiano entro 5 giorni;

Rilevato, in ordine all'arrestato Kantas Halim, che invece risulta essere stato trattenuto presso il centro di permanenza a Bologna, che lo stesso non gode di alcun reddito personale e che non ha i mezzi economici per poter affrontare autonomamente i costi onerosi dell'allontanamento dal territorio nazionale; che anche tale situazione, qualora non la si ritenesse un giustificato motivo, appare costituzionalmente illegittima sotto il profilo di cui all'art. 3 della Costituzione laddove prescrive alla Repubblica di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della personalità umana»;

P. Q. M.

Visto l'art. 23 legge 11 marzo 1956, n. 87, ritenendola rilevante per la decisione di questo giudizio di convalida, solleva questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dagli artt. 558 c.p.p. art. 14, d.lgs n. 386/1998 come modificato dalla legge 13 luglio 2002 n. 189, nelle parti menzionate motivazione, per contrasto con gli artt. 2, 3, 10, 24, 101 e 111 della Costituzione.

Sospende per l'effetto il giudizio e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Ordina la notifica, a cura della cancelleria, di questa ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e la sua comunicazione ai presidenti delle due Camere del Parlamento italiano.

Ordina restituirsi gli atti al p.m. affinché proceda con il rito ordinario.

Dispone la liberazione degli arresti Ben Amor Chokri e Kantas Halim, se non detenuti per altra causa.

Così deciso in Firenze, l'11 gennaio 2003

Il giudice: ANSELMO

03C0937

GIANFRANCO TATOZZI, direttore

FRANCESCO NOCITA, redattore

(6501608/1) Roma, 2003 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. - S.



* 4 5 - 4 1 0 5 0 0 0 3 0 9 0 3 *

€ 6,40