

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 37

GAZZETTA UFFICIALE

DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PARTE PRIMA

Roma - Mercoledì, 17 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 PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 676. Ordinanza del Tribunale di Bologna del 25 giugno 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - 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

Pag. 11

N. 677. Ordinanza del Tribunale di Biella del 17 giugno 2003.

Processo penale - Dibattimento - Esame di testimone maggiorenne infermo di mente, persona offesa dal reato di cui all'art. 609-*bis* cod. pen. (violenza sessuale) - Mancata previsione dell'assunzione della prova secondo le modalità di cui all'art. 398, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., se una parte lo richiede ovvero se il presidente lo ritiene necessario - Lesione dei diritti inviolabili dell'uomo.

- Codice di procedura penale, art. 498, comma 4-*bis*.
- Costituzione, art. 2.

Processo penale - Dibattimento - Esame di testimone maggiorenne infermo di mente, persona offesa dal reato di cui all'art. 609-*bis* cod. pen. (violenza sessuale) - Mancata previsione dell'assunzione della prova, su richiesta del testimone o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico - Lesione dei diritti inviolabili dell'uomo.

- Codice di procedura penale, art. 498, comma 4-*ter*.
- Costituzione, art. 2

» 14

N. 678. Ordinanza del T.a.r. per il Veneto del 14 maggio 2003.

Commercio - Regione Veneto - Esercizi di vendita al dettaglio - Obbligo di chiusura domenicale e festiva e di mezza giornata di chiusura infrasettimanale - Deroghe per i comuni ad economia prevalentemente turistica e per le «città» d'arte stabilite con il d.lgs. n. 114/1998 - Qualificazione con legge regionale di dette località, in relazione al numero dei posti letto in strutture alberghiere e simili e alla posizione in «territorio montano, litoraneo, lacuale e termale» - Irragionevolezza - Incidenza sui principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione - Non consentita legislazione nella materia del commercio riservata allo Stato - Riproposizione di questione già oggetto di restituzione atti per *ius superveniens* con ord. Corte n. 166/2002.

- Legge Regione Veneto 28 dicembre 1999, n. 62, artt. 2 e 3.
- Costituzione, artt. 3, 97 e 117

» 17

N. 679. Ordinanza del Tribunale di Terni del 16 giugno 2003.

Procedimento civile - Opposizione a decreto ingiuntivo - Mancata o tardiva costituzione in giudizio dell'opponente dipendente da causa allo stesso non imputabile - Prevista dichiarazione giudiziale di esecutività del decreto ed impossibilità di proseguire l'opposizione - Violazione del principio di uguaglianza per irragionevolezza, facendosi ricadere su di una parte conseguenze di fatti ad essa non imputabili, e per l'identico trattamento di situazioni diverse (mancata o tardiva costituzione per motivi imputabili e non imputabili) - Incidenza sul diritto di azione e di difesa in giudizio - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 18/2002.

– Cod. proc. civ., art. 647, commi 1 e 2.

– Costituzione, artt. 3 e 24

Pag. 24

N. 680. Ordinanza del Tribunale di Roma del 31 gennaio 2003.

Giustizia amministrativa - Devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di edilizia e urbanistica, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno ingiusto - Violazione del principio di uguaglianza - Incidenza sul diritto di difesa, sulla funzione giurisdizionale esercitata dai giudici ordinari, sui principi relativi al giusto processo e sul principio di tutela giurisdizionale.

– Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, art. 34, comma 1, nel testo sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

– Costituzione, artt. 3, 24, 102, 103, 111 e 113

» 27

N. 681. Ordinanza del Tribunale di Potenza del 22 maggio 2003.

Edilizia e urbanistica - Atti *inter vivos* aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni senza allegazione di valido certificato di destinazione urbanistica - Prevista nullità insanabile - Possibilità di conferma dell'atto nullo mediante redazione di un atto, redatto nella stessa forma del precedente, al quale sia allegato un certificato contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti le aree, relative al giorno in cui è stato stipulato l'atto da confermare - Mancata previsione - Irragionevole diversa disciplina rispetto agli atti relativi a fabbricati.

– Legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 18.

– Costituzione, art. 3

» 33

NN. 682 e 683. Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — del Tribunale di Firenze del 24 aprile 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 - Convalida - Rito direttissimo - Impossibilità per il giudice di emettere una pronuncia di merito - 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 - Restrizione della libertà personale - Violazione del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge.

– Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 13 e 14, modificati dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.

– Costituzione, artt. 3, 10, 24, 101 e 111

» 37

NN. **684 e 685.** Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — del Tribunale di Roma del 23 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 - Irragionevole disparità di trattamento nei confronti di una categoria di persone, peraltro socialmente sfavorite - 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. 40

NN. **da 686 a 691.** Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — del Tribunale di Roma del 19, 22 e 24 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 - Violazione del principio di ragionevolezza - Parità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato più grave - Deteriore trattamento rispetto ad analogo reato - Ingiustificata compressione della libertà personale.

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

» 43

NN. **692 a 693.** Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — del Tribunale di Modena del 23 novembre e 3 dicembre 2002.

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 - Irragionevole disparità di trattamento rispetto all'analogo reato di rientro nel territorio dello Stato a seguito di espulsione amministrativa, per il quale è previsto l'arresto facoltativo in flagranza.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, in relazione all'art. 13, comma 13-*ter*, del medesimo decreto.
- Costituzione, art. 3

» 48

N. **694.** Ordinanza del Tribunale di Modena del 10 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 - Disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Violazione del principio di ragionevolezza.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, in relazione all'art. 13, comma 13-*ter*, del medesimo decreto.
- Costituzione, art. 3

» 50

N. 695. Ordinanza del Tribunale di Modena del 14 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 - Irragionevole disparità di trattamento rispetto all'analogo reato di rientro nel territorio dello Stato a seguito di espulsione amministrativa, per il quale è previsto l'arresto facoltativo in flagranza.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, in relazione all'art. 13, comma 13-*ter*, del decreto medesimo.
- Costituzione, art. 3

Pag. 54

NN. da 696 a 700. Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — del Tribunale di Modena del 29 novembre, 4 e 14 dicembre 2002, 9 e 20 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 - Disparità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato analoghe o più gravi - Violazione del principio di ragionevolezza.

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

» 56

N. 701. Ordinanza della Corte di appello di Firenze del 29 marzo 2003.

Reati e pene - Reato di pubblicità di dispositivi medici senza l'autorizzazione del Ministero della sanità ovvero in difformità della stessa - Depenalizzazione come previsto per l'analoga fattispecie, di cui all'art. 201 del r.d. n. 1265/1934, relativa alla pubblicità concernente mezzi di prevenzione e cura delle malattie, specialità medicinali e presidi medico-chirurgici senza l'autorizzazione del Ministero dell'interno - Mancata previsione - Ingiustificato diverso trattamento di situazioni omogenee.

- Decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507, art. 70.
- Costituzione, art. 3

» 60

N. 702. Ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Napoli del 7 aprile 2003.

Ordinamento penitenziario - Regime carcerario differenziato - Provvedimenti ministeriali di proroga - Condizione: insussistenza della capacità del detenuto o dell'internato 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

» 63

N. 703. Ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Napoli del 7 aprile 2003.

Ordinamento penitenziario - Regime carcerario differenziato - Provvedimenti ministeriali di proroga - Condizione: insussistenza della capacità del detenuto o dell'internato 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. 70

N. 704. Ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Napoli del 9 aprile 2003.

Ordinamento penitenziario - Regime carcerario differenziato - Provvedimenti ministeriali di proroga - Condizione: insussistenza della capacità del detenuto o dell'internato 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

» 77

N. 705. Ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Napoli del 14 marzo 2003.

Ordinamento penitenziario - Regime carcerario differenziato - Provvedimenti ministeriali di proroga - Condizione: insussistenza della capacità del detenuto o dell'internato 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

» 84

N. 706. Ordinanza della Corte di cassazione del 4 luglio 2003.

Filiazione - Filiazione naturale - Dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità - Giudizio preliminare di ammissibilità dell'azione - Irrazionale ed ingiustificata permanenza di un procedimento superato secondo la dottrina, in quanto «inutile doppione» del giudizio di merito - Incidenza sul diritto di azione e di difesa in giudizio, sul principio di tutela della famiglia anche naturale, nonché sul principio della ragionevole durata del processo.

- Codice civile, art. 274.
- Costituzione artt. 2, 3, commi primo e secondo, 24, 30 e 111

» 91

N. 707. Ordinanza del Tribunale di Orvieto del 9 maggio 2003.

Processo penale - Dibattimento - Mutamento del giudice persona fisica - Mancata previsione dell'acquisizione degli atti formati durante la precedente fase dibattimentale «nei casi in cui questi vengano reputati irripetibili sia in senso proprio che improprio» - Mancata previsione della utilizzabilità di tali atti per le contestazioni di cui all'art. 500 cod. proc. pen. - Disparità di trattamento tra situazioni analoghe - Lesione del diritto di difesa - Violazione dei principi del giusto processo, della parità tra le parti e della ragionevole durata del procedimento.

- Cod. proc. pen., artt. 500, 541 (*recte*: 511), 541-bis (*recte*: 511-bis), 514 e 525, comma 2.
- Costituzione, artt. 3, 24 e 111

Pag. 94

N. 708. Ordinanza del Tribunale di Padova del 25 giugno 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 - Convalida - Rito direttissimo - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione del principio di uguaglianza - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale - Violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione - Contrasto con il principio della ragionevole durata del processo.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quiquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 2, 3, 13, comma terzo, 97, primo comma e 111, comma secondo

» 97

N. 709. Ordinanza del g.u.p. del Tribunale per i minorenni di Palermo del 25 giugno 2003.

Processo penale - Procedimento a carico di imputato minorenni - Udienza preliminare - Possibilità per il giudice di pronunciare, in mancanza del consenso dell'imputato, nel preminente interesse del minore, sentenza di proscioglimento per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto - Mancata previsione - Irragionevolezza - Contrasto con le esigenze di rieducazione e di tutela del minore, nonché con le norme internazionali in materia.

- D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, art. 32, comma 1.
- Costituzione, artt. 3, 10, 27, comma terzo, 31, comma secondo e 111.

Processo penale - Procedimento a carico di imputato minorenni - Udienza preliminare - Contumacia o irreperibilità dell'imputato - Possibilità per il giudice di pronunciare, in mancanza del consenso dell'imputato, sentenza di proscioglimento per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto, per la impossibilità di natura oggettiva ad acquisire il consenso - Mancata previsione - Contrasto con il principio secondo cui la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per impossibilità di natura oggettiva.

- D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, art. 32, comma 1.
- Costituzione, artt. 111, comma quarto (*recte* comma quinto)

» 100

N. 710. Ordinanza del giudice istruttore del Tribunale di Reggio Calabria del 23 giugno 2003.

Processo civile - Chiamata di un terzo in causa da parte del convenuto - Fissazione di un termine perentorio per la notificazione della citazione al terzo - Mancata previsione - Conseguente possibilità per il convenuto di reiterare la richiesta di differimento dell'udienza - Contrasto con il principio di uguaglianza - Irragionevole disparità di trattamento in raffronto alle ipotesi di chiamata in causa del terzo ad opera dell'attore o del terzo chiamato - Violazione del diritto di difesa della parte attrice - Contrasto con l'esigenza che il giudizio si svolga in condizioni di parità fra le parti - Lesione del principio di ragionevole durata del processo.

– Codice di procedura civile, art. 269, comma secondo.

– Costituzione, artt. 3, 24 e 111 Pag. 103

N. 711. Ordinanza del Tribunale di Bologna del 1° luglio 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - 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 » 105

N. 712. Ordinanza del Tribunale di Bologna del 24 giugno 2003.

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - 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 » 109

N. 713. Ordinanza del Tribunale di Napoli del 1° luglio 2003.

Notificazioni e comunicazioni (in materia civile) - Notificazioni nella residenza, nella dimora o nel domicilio del destinatario - Perfezionamento, per il notificante, alla data di compimento delle formalità di notifica poste in essere dall'ufficiale giudiziario e da questi attestata nella relazione di notificazione, anziché alla precedente data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario - Contrasto con i principi affermati dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 477/2002 e 69/1994 (in materia di notificazioni a mezzo posta e di notificazioni all'estero) - Lesione dell'interesse del notificante a non vedersi addebitato l'esito intempestivo di un procedimento notificatorio parzialmente sottratto ai suoi poteri di impulso.

– Codice di procedura civile, art. 139.

– Costituzione, artt. 3 e 24 » 112

N. 714. Ordinanza del Tribunale di Roma del 10 luglio 2003.

Parlamento - Immunità parlamentari - Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68, primo comma, della Costituzione - Insindacabilità delle opinioni espresse dai membri del Parlamento nell'esercizio delle loro funzioni - Ambito di applicazione - Criteri - Introduzione, con legge ordinaria, di una nozione di insindacabilità in contrasto con i limiti stabiliti dal principio costituzionale - Lesione dei diritti della persona offesa dal reato - Violazione del principio di uguaglianza.

– Legge 20 giugno 2003, n. 140, art. 3, comma 1.

– Costituzione, artt. 3, 24, primo comma e 68, primo comma

Pag. 115

N. 715. Ordinanza del g.u.p. del Tribunale di Milano del 1° luglio 2003.

Parlamento - Immunità parlamentari - Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68, primo comma, della Costituzione - Insindacabilità delle opinioni espresse dai membri del Parlamento nell'esercizio delle loro funzioni - Applicazione - Criteri e procedimento - Concessione, con legge ordinaria, della guarentigia anche in mancanza della precisa corrispondenza tra le attività svolte fuori dal Parlamento e l'attività tipica parlamentare - Violazione del principio di uguaglianza con riferimento ai privati cittadini e lesione del diritto di difesa dei medesimi.

– Legge 20 giugno 2003, n. 140, art. 3, commi 1, 3, 4, 5, 7.

– Costituzione, artt. 3 e 24

» 118

ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 676

*Ordinanza del 25 giugno 2003 emessa dal Tribunale di Bologna
nel procedimento penale a carico di Elorchi Hassan*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - 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

Sulla richiesta del p.m. di convalida dell'arresto di Elorchi Hasan tratto in arresto a Bologna il 24 giugno 2003 ai sensi dell'art. 14 comma 5-*quiquies* d.lgs. n. 286/1998 — come modificato della legge n. 189/2002 — per la contravvenzione prevista dall'art. 14 comma 5-*ter* stessa legge.

1. — Premesso che con decreto del 30 dicembre 2003 il prefetto di Bologna aveva disposto l'espulsione dell'arrestato e che, con decreto emesso e notificato il 30 dicembre 2003 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 testo unico n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/2002;

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 i 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 della legge (comma 2), e che soltanto «in casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati tassativamente della legge, l'autorità di p.s. può adottare provvedimenti provvisori», che devono essere convalidati in tempi brevissimi dall'autorità giudiziaria (comma 3).

Il legislatore ordinarlo 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 n. 126/1972 e n. 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 della Costituzione.

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 della 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 l'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 costituzionale 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 condone 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 costituzionale 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 della Costituzione 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 della Costituzione. L'arresto obbligatorio non potrebbe neppure trovare una giustificazione dell'eccezionale necessità ed urgenza di procedere al rito direttissimo imposto dallo 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 facoltà 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 essere effettuata anche con accompagnamento alla frontiera 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. 189/2000.

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 n. 26/1979, 103/1982, 409/1989, 394/1994¹⁾ 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. 189/2002 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.

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 condona 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 testo unico, in esame prevede come facoltativo l'arresto anche in caso di commissione di uno dei delitti previsti dal precedente comma 13-bis, 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. È 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 però 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 c.p.p. e dell'art. 2 legge n. 1423/1956) 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 Costituzione, benché testualmente riferito ai «cittadini» deve ritenersi esteso agli stranieri, trattandosi di norma diretta alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (Corte costituzionale sent. n. 104/1969).

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 il giudizio direttissimo ai sensi dell'art. 558 c.p.p.

La circostanza che la mancata convalida dell'arresto determinerà la caducazione della misura non può influire sulla rilevanza della questione di legittimità. In proposito il è sufficiente richiamare la sentenza n. 54/1993 della Corte costituzionale con la quale è stato, fra l'altro, affermato testualmente citata nel giudizio di convalida

¹⁾ Vedi anche C. cost. n. 53/1958 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».

lida: «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 della legge n. 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 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 al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti del Senato e della Camera dei deputati.

Bologna, addì 25 giugno 2003

Il giudice: LENZI

03C0978

N. 677

*Ordinanza del 17 giugno 2003 emessa dal Tribunale di Biella
nel procedimento penale a carico di Z. G. ed altra*

Processo penale - Dibattimento - Esame di testimone maggiorenne infermo di mente, persona offesa dal reato di cui all'art. 609-bis cod. pen. (violenza sessuale) - Mancata previsione dell'assunzione della prova secondo le modalità di cui all'art. 398, comma 5-bis, cod. proc. pen., se una parte lo richiede ovvero se il presidente lo ritiene necessario - Lesione dei diritti inviolabili dell'uomo.

- Codice di procedura penale, art. 498, comma 4-bis.
- Costituzione, art. 2.

Processo penale - Dibattimento - Esame di testimone maggiorenne infermo di mente, persona offesa dal reato di cui all'art. 609-bis cod. pen. (violenza sessuale) - Mancata previsione dell'assunzione della prova, su richiesta del testimone o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico - Lesione dei diritti inviolabili dell'uomo.

- Codice di procedura penale, art. 498, comma 4-ter.
- Costituzione, art. 2.

IL TRIBUNALE

Nel procedimento penale n. 873/2002 r.g. Trib. a carico di Z. G. e B. M., generalizzati in atti, assistiti e difesi di fiducia dall'avv. Paolo Solivo, imputati: il primo, del reato di cui agli artt. 609-bis c.p., «con l'aggravante di aver commesso il fatto su persona portatrice di handicap» (capo a dell'imputazione), entrambi (in concorso tra loro), del reato di cui all'art. 572 c.p. (capo d), commessi in danno della propria figlia Z. A., all'epoca dei fatti minorenne ed inferma di mente, in quanto affetta da «disturbo della strutturazione della personalità con ritardo delle acquisizioni intellettive di grado medio»; a scioglimento della riserva assunta all'udienza dibattimentale del 13 giugno 2003, ha emesso la seguente ordinanza avente ad oggetto il rilievo d'ufficio della questione di legittimità costituzionale dell'art. 498 commi 4-bis e 4-ter c.p.p., per violazione dell'art. 2 della Costituzione.

In punto di fatto, deve preliminarmente evidenziarsi che all'udienza del 13 giugno 2003 (presenti entrambi gli imputati), compiute le attività indicate negli artt. 484 e ss. c.p.p. e previa formale dichiarazione di apertura del dibattimento, il p.m. esponeva i fatti oggetto di prova e, in sede di richieste ex art. 493 c.p.p., avanzava, in particolare, istanza di esame della persona offesa Z. A. (nel frattempo divenuta maggiorenne e dichiarata interdetta

con sentenza del tribunale di Biella), prospettando al riguardo la necessità ovvero l'opportunità che il predetto esame — in considerazione sia della condizione di fragilità psichica della teste, sia della natura del reato contestato al capo *a*) dell'imputazione e del rapporto di stretta parentela esistente tra la persona offesa e gli imputati — si svolgesse nel contraddittorio delle parti, ma secondo le specifiche modalità di assunzione della prova testimoniale dettate, per l'esame dibattimentale dei minorenni, dall'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p. (richiamato dall'art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p.) nonché dall'art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p.; che alla richiesta in parola (condividendone integralmente i presupposti fattuali e giuridici dedotti dal p.m.) dichiarava di associarsi il difensore della persona offesa (legalmente rappresentata dal tutore, costituitosi parte civile); che il tribunale, sentito il difensore degli imputati, ammetteva i mezzi istruttori dedotti dalle parti, riservandosi, tuttavia, la decisione in ordine alla determinazione delle modalità concrete di espletamento dell'esame della persona offesa Z. A. (non comparsa) all'esito dell'esame dibattimentale degli altri testi (presenti) indicati dal p.m.

Ciò premesso, a fronte della specifica richiesta del p.m. e della difesa di parte civile di estendere, sostanzialmente ed in via analogica, l'applicazione del disposto dell'art. 498, commi 4-*bis* e 4-*ter*, c.p.p. all'ipotesi di esame dibattimentale di una persona maggiorenne inferma di mente, ritiene il tribunale — con riferimento alla concreta fattispecie sottoposta al suo vaglio giurisdizionale — di sollevare d'ufficio la questione di costituzionalità delle citate disposizioni normative, ravvisando una violazione del principio costituzionale di rispetto e tutela della persona, riconducibile al parametro dell'art. 2 della Costituzione.

Ed invero, in punto di rilevanza della questione va ribadito come la stessa investa la disciplina prevista dal vigente codice di rito in tema di modalità di assunzione, nel contraddittorio dibattimentale, di una prova testimoniale già oggetto di provvedimento di ammissione in base al parametro valutativo di cui all'art. 190 c.p.p.

In particolare, nella fattispecie concreta oggetto di esame da parte di questo tribunale possono ritenersi adeguatamente provate (in sintonia con quanto dedotto dal p.m. a sostegno della propria richiesta di «audizione protetta» della teste e sulla base anche degli elementi probatori sinora ritualmente acquisiti: v. dichiarazioni rese dai testi Fusaro Guido, Cagna Marta, Roncarolo Ornella, Fabris Manuel nonché il contenuto della certificazione medico/legale e delle relazioni redatte dagli operatori del servizio sociale, laddove evidenziano la fragilità emotiva e la ritrosia manifestata da A. nei vari momenti di rievocazione dei fatti che avevano illecitamente interessato la sua sessualità), da un lato, la condizione di attuale infermità mentale (clinicamente diagnosticata in termini di «disturbo della strutturazione della personalità con ritardo delle acquisizioni intellettive di grado medio» e giuridicamente accertata con la sentenza di interdizione citata in premessa) della persona offesa, dall'altro la sussistenza di una oggettiva situazione di «disagio psicologico/affettivo» — nel caso di specie ragionevolmente ricollegabile sia alla natura e alla gravità del reato contestato, sia allo stretto rapporto di parentela esistente tra l'imputato Z. e la persona — offesa nella quale la teste sarebbe «costretta» a deporre in sede di esame dibattimentale (esigenza che, del resto, gli era stata prospettata dal p.m. con la richiesta di incidente probatorio avanzata ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis* e, tuttavia, rigettata dal g.i.p.).

In tale prospettiva di inquadramento «processuale» della fattispecie, deve ancora evidenziarsi come non sia stato allegato e/o acquisito alcun elemento idoneo a far fondatamente dubitare — nonostante la natura e l'entità della patologia mentale di cui risulta affetta l'interessata — della sussistenza, in capo alla Z. A., della capacità fisica e mentale (art. 196 c.p.p.) non solo a rendere testimonianza, ma altresì a fornire un risultato probatorio intrinsecamente attendibile (accertamento quest'ultimo che, invero, oltre ad aver ricevuto riscontro positivo nelle dichiarazioni rese dal teste Fusaro, ha altresì già indirettamente superato il positivo vaglio del g.u.p. in sede di deliberazione della fondatezza della richiesta di rinvio a giudizio avanzata dal p.m. anche — e soprattutto — sulla base delle dichiarazioni «accusatorie» rese, appunto, dalla persona offesa nella fase delle indagini preliminari).

Ciò posto, l'individuazione (*ex* art. 23, comma 1, legge 11 marzo 1953, n. 87 dell'art. 498 c.p.p. quale disposizione normativa applicabile nel caso di specie, si ricollega al fatto che la testimonianza della persona offesa Z. A. dovrebbe necessariamente essere assunta con le «ordinarie» modalità dettate, in via generale, dal citato art. 498, commi 1, 2, 3 e 4, c.p.p. (ancorché, per quel che rileva in questa sede, «additivamente» interpretati, limitatamente al profilo dell'esame diretto delle parti, nei termini indicati dal giudice delle leggi con la sentenza n. 283 del 1997), dovendo, per contro, escludersi — stante il tassativo tenore letterale della norma — la possibilità di un'applicazione, in via analogica, dei successivi comini 4-*bis* e 4-*ter*, specificamente riferiti all'esame testimoniale del minorenne.

Ritiene il collegio che tale «esclusione» (non superabile in via meramente interpretativa, trattandosi di norma «speciale» rispetto alle altre disposizioni generali disciplinate dagli art. 498 e ss. c.p.p.), riproponga, rendendolo tuttora valido, lo stesso percorso argomentativo che aveva indotto il giudice delle leggi (con la citata sentenza

n. 283/1997) — sia pure sotto il diverso (e più limitato) profilo relativo alle modalità di conduzione dell'esame «diretto» del testimone maggiorenne infermo di mente — a dichiarare la illegittimità costituzionale del comma 4 dell'art. 498 c.p.p.

Pacifica, infatti, l'individuazione della *ratio* sottesa alle previsioni di cui ai citati commi 4-*bis* e 4-*ter* dell'art. 498 c.p.p. (introdotti dall'art. 13 legge n. 269 del 1998) nelle «specifiche esigenze sia di assicurazione della genuinità della prova, sia, soprattutto, di protezione del minore infrasedicenne rispetto alle possibili lesioni alla sua personalità derivanti dalle modalità del suo intervento nel procedimento» (*cf.* in tal senso: Corte costituzionale sent. n. 114 del 2001), emerge evidente la irragionevolezza di tale scelta legislativa nella parte in cui — ferma restando, in ogni caso, l'oggettiva impossibilità di equiparazione, in astratto ed in via generale; fra la situazione del teste minorenni e quella del teste maggiorenne infermo di mente [e ciò, sull'assorbente e condivisibile rilievo «che nel caso dell'infermo di mente, le situazioni concrete possono essere le più varie, in relazione al tipo e alla maggiore o minore gravità dell'infermità della persona maggiorenne chiamata a testimoniare: onde è ragionevole che il legislatore non abbia esteso ad esso le prescrizioni dettate per la testimonianza del minore. Ciò avrebbe comportato infatti la necessità in ogni caso di un preventivo accertamento della situazione di infermità psichica, che avrebbe comportato l'applicazione della disciplina speciale, con l'attribuzione al teste di una sorta di «connotato» legale suscettibile esso stesso di tradursi in una lesione della sua personalità»: così, testualmente, Corte cost. sent. n. 283/1997] — non consente, in alcun modo, al giudice del dibattimento di disporre — laddove ravvisi (come nel caso di specie) l'effettiva sussistenza di un'analogha esigenza di protezione della personalità del testimone (art. 2 della Costituzione) — che anche l'assunzione della testimonianza dell'infermo di mente, vittima di reati sessuali, avvenga con le modalità protette *de quibus*.

Ed invero, la constatazione — da compiersi in concreto ed in relazione al complessivo contesto processuale — della necessità ovvero dell'opportunità di evitare qualsiasi pregiudizio della personalità particolarmente fragile del teste affetto da infermità mentale, a parere di questo collegio giustificerebbe, di per sé, la previsione di un potere discrezionale in capo al giudice del dibattimento di applicare in tale ipotesi lo stesso regime di «tutela processuale» distintamente previsto, per l'esame del testimone minorenni, dal comma 4-*bis* ell'art. 498 c.p.p. (indipendentemente dal reato per cui si procede) e dal successivo comma 4-*ter* (per la specifica ipotesi del minore vittima di reati sessuali): potere discrezionale che, per contro, la tassativa formulazione del vigente art. 498 c.p.p. illegittimamente ignora, tradendo la sua stessa intima *ratio* («La disciplina della testimonianza e delle modalità per raccogliercela risponde anzitutto all'esigenza di assicurare la genuinità della prova, ma non può essere insensibile alla necessità di tutelare la persona del teste nel delicato momento in cui è chiamato a deporre sui fatti e le circostanze dedotti in contraddittorio fra le parti. La testimonianza è infatti funzione resa obbligatoria dalla legge in vista delle esigenze del processo. Proprio per questo, se esige impegno e può comportare anche difficoltà per il teste, chiamato ad enunciare con verità davanti al giudice le informazioni in suo possesso, non deve mai tradursi, per il modo in cui è condotta, in violazioni della dignità e del rispetto dovuto alla persona del teste medesimo.»: v. Corte cost. sent. n. 283/1997 cit.).

Né a garantire tale fondamentale diritto al rispetto della personalità del testimone infermo di mente possono ritenersi adeguate le diverse e generali regole pur previste nel codice di rito (quali ad esempio, l'art. 499, comma 4, c.p.p., laddove dispone che «il presidente cura che l'esame del testimone sia condotto senza ledere il rispetto della persona», e l'art. 472, comma 3-*bis*, c.p.p., che riconosce alla persona offesa di reati sessuali la facoltà di chiedere che il dibattimento, o anche solo una parte di esso, si svolga a porte chiuse): e ciò, quantomeno nelle peculiari ipotesi (come la fattispecie per cui è processo) in cui il testimone infermo di mente (al pari di un minore) sia anche vittima di un reato a sfondo sessuale (nella specie, art. 609-*bis* c.p.) strutturalmente e specificamente connotato, in punto di fatto, da una condotta di abuso delle «condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto» e per di più posto in essere da uno stretto congiunto della vittima.

In tali casi, l'esclusione, a priori, dell'applicabilità (anche a fronte di una esplicita richiesta in tal senso avanzata dalla parte interessata) delle modalità «protette» di assunzione della prova testimoniale specificamente previste dall'art. 498, commi, 4-*bis* e 4-*ter* (soltanto) per i minorenni, si traduce, di fatto, in una illegittima — poiché in palese contrasto con l'art. 2 Cost. — rinuncia da parte del legislatore ad una adeguata tutela, non solo della dignità, del pudore e della personalità del teste parte offesa infermo di mente, ma anche della genuinità della prova; e ciò, proprio con riferimento a fattispecie delittuose «rispetto alle quali tali esigenze di tutela di soggetti psicologicamente deboli si pone con maggiore intensità ed evidenza» (*cf.* Corte cost. sent. n. 529 del 2002).

In conclusiva sintesi, ritiene il tribunale che al sopra evidenziato «dubbio di compatibilità» con il principio costituzionale di tutela dei diritti inviolabili della persona possa porsi rimedio soltanto con una dichiarazione di illegittimità costituzionale della «lacuna normativa» risultante dal tenore letterale dei commi 4-*bis* e 4-*ter* dell'art. 498 c.p.p. e distintamente denunciabile in termini di «mancata previsione della possibilità di applicare

— nel caso di testimone maggiorenne infermo di mente (persona offesa del reato di cui all'art. 609-bis c.p.), qualora una parte lo richieda ovvero il presidente lo ritenga in concreto necessario per salvaguardare la personalità del teste —, le modalità di cui all'art. 398, comma 5-bis» e di «mancata previsione, quando si procede per il reato di cui all'art. 609-bis c.p., del potere in capo al presidente di disporre, laddove lo ritenga in concreto necessario per salvaguardare la personalità del teste, che l'esame del testimone infermo di mente vittima del reato venga effettuato, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico».

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost.; 23 e ss., legge 11 marzo 1953, n. 87;

Ritenuta rilevante e non manifestamente infondata, per violazione dell'art. 2 Cost., la questione di legittimità costituzionale dei commi 4-bis e 4-ter dell'art. 498 c.p.p., nella parte in cui — nel caso di testimone maggiorenne infermo di mente persona offesa del reato di cui all'art. 609-bis c.p. — non consentono, rispettivamente, che l'esame del testimone, qualora una parte lo richieda ovvero il presidente lo ritenga in concreto necessario per salvaguardare la personalità del teste, si svolga secondo le modalità, di cui all'art. 398, comma 5-bis e, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico.

Dispone la trasmissione degli atti del procedimento alla Corte costituzionale;

Manda alla cancelleria per la notificazione della presente ordinanza alle parti processuali costituite e al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché per la comunicazione ai Presidenti delle Camere del Parlamento della Repubblica e per gli ulteriori adempimenti di rito;

Sospende il dibattimento fino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Biella, addì 16 luglio 2003

Il presidente: RAVA

Il giudice estensore: TETTO

03C0979

N. 678

Ordinanza del 14 maggio 2003 emessa dal T.a.r. per il Veneto sui ricorsi riuniti proposti da Consorzio Operatori Grand'Affi Shopping Center ed altri contro Provincia di Verona

Commercio - Regione Veneto - Esercizi di vendita al dettaglio - Obbligo di chiusura domenicale e festiva e di mezza giornata di chiusura infrasettimanale - Deroghe per i comuni ad economia prevalentemente turistica e per le «città» d'arte stabilite con il d.lgs. n. 114/1998 - Qualificazione con legge regionale di dette località, in relazione al numero dei posti letto in strutture alberghiere e simili e alla posizione in «territorio montano, litoraneo, lacuale e termale» - Irragionevolezza - Incidenza sui principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione - Non consentita legiferazione nella materia del commercio riservata allo Stato - Riproposizione di questione già oggetto di restituzione atti per *ius superveniens* con ord. Corte n. 166/2002.

- Legge Regione Veneto 28 dicembre 1999, n. 62, artt. 2 e 3.
- Costituzione, artt. 3, 97 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sui ricorsi riuniti n. 3612/2000 e n. 3619/2000, proposti rispettivamente, dal Consorzio operatori Grand'Affi shopping center, in persona dell'amministratore unico, da SAR Internazionale S.r.l., da Milleidee a Millelire di Turato Roberta, da Magie d'Oriente S.r.l., da Baci di Ferrari Alba,

da Pellicano di Morando Margherita e C. S.n.c., da AMB Italia S.r.l., da Lavasecco Azzurro e C. S.n.c. di Burato Laura, da Sabbia S.r.l., da Anti S.n.c. di Tiberio Veronesi e C., da Vediamoci di Senese Lidia, da Le Follie S.n.c. di Bersan Marcello, da Intimamente S.n.c. di Beghini Monica e Ambrosi Orietta, da 3A dei F.lli Anonini, da Holding dei Giochi S.r.l. in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi dagli avv. Riccardo Ruffo e Franco Zambelli, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22, e dai comuni di Affi, Castelnuovo del Garda, Cavaion Veronese, Costermano, Pastrengo e Rivoli Veronese, in persona dei rispettivi Sindaci *pro tempore* tutti autorizzati ad agire con singole delibere delle G.M., rappresentati e difesi dall'avv. Giovanni Sala e domiciliari presso l'avv. Franco Zambelli al domicilio sui indicato;

Contro la Provincia di Verona in persona del Presidente della G.P. *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Giancarlo Biancardi, Michele Miguidi e Antonio Sartori, con elezione di domicilio presso lo studio dell'ultimo in Venezia, S. Croce n. 205, come da delibera di autorizzazione a stare in giudizio della G.P. n. 23/598 del 14 dicembre 2000, e procura a.l. a margine dei controricorsi per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 1579 del 3 ottobre 2000 recante diniego di individuazione quali comuni a prevalente economia turistica, ai fini della deroga agli orari di vendita; nonché della delibera della G.P. n. 12/246 del 25 febbraio 2000, recante fissazione dei criteri per l'applicazione delle deroghe agli orari di vendita per i comuni a economia prevalentemente turistica e città d'arte.

Visti i ricorsi, notificati entrambi il 30 novembre 2000 e depositati presso la segreteria il 7 dicembre 2000, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Verona, depositati entrambi il 19 dicembre 2000;

Visti gli atti tutti delle cause;

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

Uditi alla pubblica udienza del 26 marzo 2003, relatore il consigliere Italo Franco, l'avv. Sala — in proprio nel ricorso n. 3619/2000 e in sostituzione dell'avv. Ruffo nel ricorso n. 3612/2000 — per la parte ricorrente, e l'avv. Sartori per la Provincia di Verona.

Ritenuto in fatto e considerato e in diritto quanto segue.

F A T T O

Con ricorso rubricato al n. 3612/2000 viene impugnato, da parte di titolari di esercizi commerciali (i più raggruppati in due centri commerciali ubicati nel comune di Affi) - congiuntamente alla delibera n. 12/646 del 25 maggio 2000, con la quale la G.P. di Verona aveva definito i criteri per l'individuazione dei comuni a prevalente economia turistica e delle «città d'arte» ai fini della deroga agli orari di vendita degli esercizi commerciali — la determinazione dirigenziale prot. n. 26907 del 3 ottobre 2000 recante, fra l'altro, diniego di riconoscimento di «comuni a prevalente economia turistica» del territorio dei comuni convenzionati di Affi, Cavaion Veronese, Castelnuovo del Garda, Costermano, Pastrengo e Rivoli Veronese, «perché non presenta le caratteristiche di cui all'art. 2, comma 5, L.R. n. 62/1999» (conforme il parere dell'ufficio legale della Provincia e della Regione).

Premettono gli esercenti commerciali ricorrenti di far parte di due centri commerciali («Grand'Affi» e «Iper-affi»), di svolgere la loro attività in comune di Affi, situato a meno di 5 km dal Lago di Garda e ad esso ben collegato, tanto da essere divenuto punto di passaggio obbligato per grandi masse di turisti, provenienti specialmente dal Trentino A.A. e dalla Germania e diretti sia nel comprensorio del Garda che a Verona (di cui costituiscono il retroterra naturale), e che tutti i comuni ora convenzionati erano, in base alla previgente disciplina, riconosciuti «località ad economia turistica» (con D.P.G.R. n. 677 del 31 marzo 1983). Di conseguenza essi, nel periodo dal 15 marzo al 4 novembre, avevano facoltà di tenere aperti gli esercizi anche nei giorni domenicali e festivi, dal che traevano grande vantaggio, considerato che in tale periodo gli incassi del fine settimana rappresentavano una grossa percentuale di quelli realizzati nell'intera settimana.

Legati da convenzione stipulata a tal fine, i comuni su nominati, contestualmente criticando i criteri irragionevolmente restrittivi di cui alla norma regionale, nonché i criteri ulteriori fissati dalla provincia, avevano chiesto il riconoscimento del carattere prevalentemente turistico dell'economia di tutto il territorio dei sei comuni, affermando di possedere i requisiti all'uopo previsti tanto dall'art. 62.1 della L.R. n. 62/1999 quanto dalla delibera della G.P. n. 12/646 del 25 maggio 2000 (con ampio corredo di dati), ricevendone il diniego su menzionato.

A sostegno del gravame i ricorrenti deducono, con il primo motivo, eccesso di potere per illogicità e carenza di motivazione, sul rilievo che, se in passato i comuni ora convenzionati erano classificati «località ad economia turistica» — circostanza immotivatamente ignorata —, a maggior ragione dovrebbero essere riconosciuti ora,

sulla base della più favorevole nuova normativa, «comuni ad economia prevalentemente turistica», tanto più che solo dopo il menzionato riconoscimento si sono installati ad Affi i due centri commerciali su richiamati, e che tutta l'economia di tali comuni ruota intorno al turismo del Garda.

Con il secondo mezzo si deduce violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990; eccesso di potere per insufficienza ed incongruità della motivazione, sul rilievo che, nel diniego avversato, non si disconosce l'esistenza dei requisiti, ma si motiva adducendo l'assenza delle caratteristiche previste in una disposizione (il quinto comma dell'art. 62) affatto estraneo alla fattispecie, e non invocato dai comuni convenzionati, i quali chiedevano il riconoscimento sulla base delle regole ordinarie (comma primo e secondo del medesimo art. 62).

Con il terzo motivo si deduce eccesso di potere per difetto di istruttoria e insufficienza della motivazione, sul rilievo che non sono state prese in considerazione le ampie argomentazioni svolte nell'istanza, e non si è dato rilievo ai pareri espressi dalle organizzazioni maggiormente rappresentative dei settori commercio e turismo, né si dà conto del perché tali pareri sono stati disattesi.

Con il quarto motivo si deduce violazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 114/1998 e degli art. 1 e 2 della L.R. n. 62/1999, anche in relazione agli artt. 24 e 26 della legge n. 142/1990, sul rilievo che deve ritenersi ammissibile (per quanto nulla si dica al riguardo sul punto) la possibilità che anche più comuni associati possano chiedere il riconoscimento *de quo* (non menzionato ma nemmeno escluso dalle norme citate), avuto anche riguardo al favor manifestato nella legislazione sullo svolgimento di funzioni in forma associata.

Con il quinto mezzo si deduce violazione dell'art. 12, comma 3 del d.lgs. n. 114/1998, e degli art. 2 e 6 della L.R. n. 62/1999, sull'assunto che, anche ove volessero ritenersi, più comuni convenzionati, non legittimati a chiedere tale riconoscimento, la p.a. doveva verificare d'ufficio se i requisiti sussistessero in capo ai singoli comuni richiedenti.

Con il sesto motivo si lamenta violazione dell'art. 12.3 del d.lgs. n. 114/1998 e dell'art. 1 della L.R. n. 62/1999, nonché del regolamento approvato dalla G.P. con delibera n. 12/246 del 25 maggio 2000, punto 5, sul rilievo che, mentre quivi si prevede che «il periodo di deroga potrà durare tutto l'anno», nel diniego si esclude la deroga per 365 giorni, senza verificare se potessero assentirsi deroghe per periodi di tempo più limitati (come accadeva in precedenza per il comune di Affi).

Con il settimo mezzo si deduce violazione degli art. 32 e 35 della legge n. 142/1990 e incompetenza, assumendosi che la G.P. è competente ad emettere regolamenti soltanto in ordine all'organizzazione degli uffici e dei servizi, dal che la conclusione che il regolamento in questione era di competenza consiliare, e soggiungendosi che, ove non volesse ritenersi di natura regolamentare la deliberazione della G.P., la competenza al riguardo spetterebbe al dirigente.

Con l'ottavo mezzo si lamenta eccesso di potere per manifesta illogicità, rilevandosi, in relazione ai criteri definiti dalla G.P., l'illogicità, in particolare, di quello con il quale si prevede che il rapporto tra popolazione residente e presenze in esercizi alberghieri ed extralberghieri debba essere maggiore o uguale a 35/100, rapporto che avvantaggia, paradossalmente, i comuni con minori presenze (a meno che non si voglia ritenere che si tratti di un errore materiale). Inoltre, non risulta possibile determinare il rapporto fra imprese del settore turistico e tutte le altre (non rinvenendosi un simile criterio ufficiale di classificazione), né può ritenersi ragionevole il parametro, all'uopo richiesto, di 70 su 100.

Con il nono motivo si deduce violazione degli art. 12.3 del d.lgs. n. 114/1998 e 1.1 della L.R. n. 62/1999; eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione, sul rilievo che, mentre le norme invocate ammettono riconoscimenti anche per periodi limitati, è stata affatto ignorata detta possibilità, che consentirebbe di soddisfare l'interesse di comuni interessati ai flussi turistici in determinati periodi dell'anno, come quello di Affi.

Con il decimo motivo si lamenta violazione dell'art. 2.3 della L.R. 28 dicembre 1999, n. 62, assumendosi che, mentre svariati potevano essere gli indicatori, quelli definiti dalla G.P. sono eccessivamente rigidi, specialmente quando si prevede che ne debbano essere posseduti almeno quattro.

Con l'undicesimo mezzo si deduce illegittimità costituzionale dell'art. 2 della L.R. 28 dicembre 1999, n. 62, sul rilievo che lo stesso si pone in contrasto con i principi posti nell'art. 12 del d.lgs. n. 114/1998 (vincolanti ai sensi dell'art. 117 Cost.), il quale assegna alle regioni solamente il compito di individuare i comuni a prevalente economia turistica, il che esclude che le regioni possano introdurre ulteriori requisiti restrittivi, come ha fatto la l.r. n. 62/1999 quando prevede che possano ottenere detto riconoscimento solo i comuni che abbiano almeno

1500 posti-letto (criterio manifestamente incongruo, ed eccessivamente rigido). Ma l'art. 2 cit. si pone in contrasto con i principi della legislazione statale anche là dove ammette al riconoscimento i «soli comuni situati in territorio montano, litoraneo, lacuale, termale», laddove l'art. 12 consente la deroga in discussione indipendentemente dalla collocazione geografica dei comuni. La norma, inoltre, si pone in contrasto anche con i principi di ragionevolezza e uguaglianza sanciti dall'art. 3 della Costituzione; infatti, in tal modo la legge regionale esclude arbitrariamente la deroga per gli esercizi commerciali in numerosi comuni caratterizzati da economia prevalentemente turistica, ma non in possesso dei requisiti di cui ai criteri ulteriori fissati da detta norma, contrapponendosi, così, anche all'esperienza e alla normativa anteriori, quando tale qualifica era stata pacificamente riconosciuta al comune di Affi e agli altri convenzionati con esso.

Si è costituita la provincia, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso in quanto non notificato ai soggetti che avevano espresso il parere sfavorevole (Confersercenti, Confcommercio, Fisascat), da considerare controinteressati. Nel merito se ne eccepisce l'infondatezza, assumendosi che per mero errore materiale non figura nel provvedimento la vera motivazione (che si desume dai pareri forniti dall'ufficio legale della provincia e dalla regione, ed è conosciuta dai ricorrenti), concernente il fatto che soltanto comuni singoli possono richiedere il riconoscimento in questione, come si desume dal sistema, altrimenti le norme si presterebbero ad un facile aggiramento, venendo così svuotate.

Con il ricorso rubricato al n. 3619/2000, i sei comuni convenzionati impugnano a loro volta il diniego e la delibera della G.P. n. 12/246/2000. A sostegno del gravame essi deducono, con qualche variazione marginale, tutti i motivi di impugnazione di cui al ricorso precedente, tranne il primo.

La provincia si è costituita anche in questo giudizio, aggiungendo alle eccezioni già formulate quella di irricevibilità del ricorso nei riguardi della disciplina regionale e provinciale - certamente già conosciuta alla data di sottoscrizione dell'istanza (31 luglio 2000)-, e di inammissibilità per difetto di interesse, asserendo che si tratta, nel caso, di interesse diffuso (dei commercianti), non tutelato espressamente da nessuna norma di legge, e negato da dottrina e giurisprudenza per gli enti esponenziali (quali sono i comuni).

A tali eccezioni ha replicato con memoria conclusionale il patrocinio ricorrente.

Con ordinanza n. 1130 dell'11 aprile - 4 maggio 2001 di questa sezione, è stata rimessa alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità dell'art. 2 della l.r. 28 dicembre 1999, n. 62 (nonché dell'art. 3 della medesima l.r., in relazione a due altri ricorsi con i quali si contestava il mancato riconoscimento della qualità di «città d'arte» in capo a due diversi comuni, giudizi peraltro non riassunti dopo la restituzione degli atti da parte della Corte). La questione era stata prospettata sotto vari profili, in primo luogo in relazione all'art. 117 Cost., quanto alla sussistenza, o meno, in capo alle regioni, della potestà legislativa in materia di commercio.

Ma la Corte, nonostante che abbia dato atto della sottoposizione della questione di costituzionalità anche sotto altri profili, ha restituito al giudice remittente gli atti, affinché proceda ad un riesame, della questione, in via preliminare, alla luce dello *ius superveniens* intervenuto con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modificativa del titolo V della Carta costituzionale).

Di conseguenza, dopo la riassunzione dei giudizi (da parte dei soli soggetti ricorrenti nei ricorsi, già riuniti, n. 3612/2000 e 3619/2000), è stata fissata la nuova udienza di trattazione. Il patrocinio attoreo ha, indi, depositato una memoria. Con questa, in buona sostanza, dopo avere rilevato che la Corte non ha scrutinato la questione di costituzionalità in relazione ai rimanenti profili prospettati con l'ordinanza di rimessione, detto patrocinio ha chiesto che gli atti vengano rinviati nuovamente alla Corte costituzionale, per la verifica di legittimità costituzionale anche sotto il profilo già scrutinato, con riguardo alla tutela della concorrenza (certamente implicata in materia di libertà di iniziativa economica, quale è quella *de qua agitur*), la cui disciplina rientra nella potestà legislativa statale esclusiva, nel novellato art. 117 della Costituzione. D'altra parte viene ribadita l'esigenza che la Corte — che pure non li aveva ignorati — verifichi la costituzionalità della norma alla luce dei rimanenti profili di incostituzionalità, non esaminati dalla medesima Corte.

All'udienza il difensore delle parti ricorrenti ha concluso in tali termini, mentre il difensore della provincia si è rimesso, al riguardo, al collegio. Indi le cause sono state spedite in decisione.

D I R I T T O

1. — Come accennato nella narrativa in fatto che precede, la Corte costituzionale ha restituito gli atti al giudice *a quo*, affinché lo stesso riesamini la questione alla luce della sopravvenuta modifica del titolo V della Costituzione, ad opera della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la quale ha, tra l'altro, significativamente

riscritto gli art. 117 e 118, impostando su basi tutt'affatto diverse rispetto all'assetto previgente la distribuzione della potestà legislativa fra Stato e regioni, e inoltre ha dettato incisive modifiche in ordine alla titolarità della funzione amministrativa. In particolare, per il novellato art. 117, comma 4, la materia del commercio apparterebbe, ora, alla competenza legislativa residuale generale (e dunque esclusiva) delle regioni. Onde aderire all'invito della Corte, si impone qualche considerazione di carattere preliminare, per quanto in via del tutto sintetica e sommaria.

In merito al nuovo titolo V della Costituzione (riscritto con la richiamata legge costituzionale n. 3/2001), osserva concisamente il Collegio che si tratta di modifiche che hanno profondamente mutato l'ordinamento costituzionale-amministrativo, costringendo a rivedere numerosi istituti anche del diritto amministrativo, dal che discende che la risoluzione, per quanto ne riguarda, di non poche delle controversie portate davanti al giudice amministrativo dovrà avvenire sulla scorta di considerazioni e strumenti a volte radicalmente diversi da quelli che erano abituali fino alla menzionata modifica del titolo V.

Tuttavia, non soltanto con più specifico riferimento al caso di specie, si osserva che — permanendo il principio dell'ordinamento noto come *tempus regit actum*, specialmente quando si debba giudicare della legittimità di provvedimenti e atti emessi dalla p.a. — appare a tutta prima piuttosto problematico applicare canoni normativi diversi (in quanto apportati da leggi sopravvenute nelle more del giudizio) da quelli vigenti all'epoca dell'emissione di atti e provvedimenti amministrativi in contestazione. In simile ambito la riconsiderazione del provvedimento alla luce dello *ius superveniens* da parte del giudice *a quo* parrebbe consentita, in ipotesi piuttosto residuali, ad es. sotto il profilo della sopravvenuta carenza di interesse alla decisione (nell'ipotesi che la disciplina sopravvenuta continui ad impedire — anche se con giustificazioni diverse, che resistano al vaglio di costituzionalità — il conseguimento del vantaggio atteso dal ricorrente e negato dalla p.a. sulla scorta della normativa pregressa), e così via.

Vero è, d'altra parte, che la delicatezza del profilo in discussione nella controversia che ne occupa (al di là dello stretto interesse che muove le parti in causa, specialmente i ricorrenti) se riguardata alla luce della profondità delle modifiche costituzionali richiamate, è tale da indurre ad ogni possibile considerazione del nuovo assetto di competenze legislative dettato dal novellato art. 117. In simile ottica, il fatto che le regioni, oggi, detengano sicuramente il potere di emanare norme di legge anche nella materia del commercio, potrebbe, per così dire, legittimare *ex post* l'esercizio del potere legislativo esercitato, nel caso di specie, con la legge regionale n. 62/1999, sospettata di incostituzionalità sotto il profilo della carenza di potestà legislativa in materia, in capo alla regione. Tanto potrebbe consentire, riconsiderando la legge alla luce delle competenze legislative regionali ora ridisegnate dal nuovo art. 117 Cost., di decidere la controversia.

2. — In verità, come già riferito, il patrocinio ricorrente, nella memoria depositata *in limine* alla nuova udienza di trattazione, ha affacciato nuovi dubbi di incostituzionalità, di essa L.R. n. 62/1999 sotto il medesimo profilo (*id est*, contrasto con l'art. 117 Cost.) anche nel nuovo assetto costituzionale concernente la distribuzione del potere legislativo fra Stato e regioni. Più precisamente, si sospetta della costituzionalità di una legge con cui la regione ha inteso porre regole che vanno a incidere in un ambito — come la tutela della concorrenza — che il novellato art. 117 riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Ed invero, porre regole e limiti in tema di orari e giorni di apertura di esercizi commerciali comporta l'incisione della libertà di iniziativa economica, ampliata per gli uni (esercizi situati nei comuni riconosciuti «a prevalente economia turistica») e ristretta per gli altri soggetti operanti nel commercio — e dunque concorrenti — che non possono godere delle deroghe agli orari previste per i primi.

In altre parole, secondo la tesi sostenuta, pur volendo prendere in considerazione, ai fini dello scrutinio di costituzionalità, la sopravvenuta legge costituzionale n. 3/2001, emergerebbe per un diverso aspetto il contrasto con l'art. 117 Cost., appunto, cioè, per avere la regione legiferato in ordine alla tutela della concorrenza, la quale viene certamente in rilievo in relazione alla libertà di iniziativa economica.

In ordine a siffatta prospettazione — avuto riguardo al fatto che i primi commenti alla legge cost. n. 3/2001 hanno posto in rilievo come tanto per la «tutela della concorrenza» [art. 117, comma 2, lettera e)] quanto per altri ambiti [ad es., «tutela dell'ambiente»: lettera s)] si tratta di materie soltanto da un punto di vista «trasversale», nel senso che possono riguardare diverse altre materie in senso proprio, disciplinate da specifici assiemi normativi, si potrebbe dire che detta tesi — certamente non peregrina — parrebbe «provare troppo». Infatti, ragionando in siffatto modo (in disparte la critica alla logica seguita dal legislatore costituzionale della legge n. 3/2001), verrebbe parecchio ristretto l'ambito della competenza legislativa esclusiva delle regioni, così riprendendosi il sistema buona parte di quello che aveva concesso con la menzionata lettera s).

Tuttavia, non può dirsi che la questione sia manifestamente infondata, specialmente considerando che occorre senza meno, per evidenti ragioni, tracciare i confini tra le varie «materie» concernenti il riparto della

potestà legislativa fra Stato e regioni. Per tali motivi, anche considerando che comunque il collegio si vede costretto a inviare nuovamente alla Corte gli atti (*infra*) si ritiene di sottoporle anche detto profilo, nei termini succintamente su esposti. Si aggiunga che la medesima questione deve ritenersi palesemente rilevante ai fini del decidere, dal momento che, se la Corte dovesse ravvisare l'incostituzionalità della l.r. n. 62/1999 sotto tale profilo, da ciò conseguirebbe l'illegittimità dei provvedimenti impugnati (e l'accoglimento dei ricorsi).

3.1. — Già si è detto degli altri profili di possibile incostituzionalità dell'art. 2 della l.r. n. 62/1999 non esaminati dalla Corte costituzionale, che ha ravvisato l'esigenza preliminare di un riesame, da parte del giudice *a quo* della questione alla luce delle modifiche arretrate al titolo V dalla legge cost. n. 3/2001.

Quanto alla loro rilevanza ai fini del decidere, basti considerare che un'eventuale pronuncia di incostituzionalità della legge regionale comporterebbe l'illegittimità del provvedimento di cui si dolgono i ricorrenti, con l'accoglimento del gravame.

Per quanto concerne la non manifesta infondatezza conviene riportare, con poche variazioni, parte delle argomentazioni già svolte a sostegno nella precedente ordinanza di remissione alla Corte costituzionale e non esaminate.

In concreto, con la l.r. in questione, la Regione Veneto non soltanto si è arrogato un potere legislativo che in realtà non aveva (nel pregresso ordinamento costituzionale), ma — e qui si appuntano, in parte, le censure dei ricorrenti, quando sollevano la questione di costituzionalità — lo ha fatto con una costruzione assolutamente ridondante, ed irragionevole e irrazionale nei contenuti (per di più attribuendo alle province ulteriori competenze che sembrano soltanto tali da complicare il quadro). Ciò che appare censurabile, infatti, sotto il profilo — si direbbe — di adeguatezza con la materia da disciplinare e con le finalità perseguite, è il contenuto della disciplina posta, con particolare riguardo alla previsione dei requisiti che si pongono per il riconoscimento in questione.

Ed invero, il tutto è costruito partendo dalla fissazione di quelli che si pongono, e debbono considerarsi, come dei requisiti o presupposti di base, in mancanza dei quali non si pone nemmeno l'applicazione della rimanente disciplina sui requisiti, che pure vengono dettagliatamente configurati. In particolare, l'art. 2 prevede, al comma 1, che possono essere indi quali comuni ad economia prevalentemente turistica: «solo i comuni situati in territorio montano, litoraneo, lacuale, termale... con almeno millecinquecento posti-letto in strutture alberghiere ed extra alberghiere». Ora, mentre nel comma 2 si rinviengono le definizioni legali di comune montano, litoraneo, ecc., nel successivo comma si prevede che, ai fini dell'individuazione, i comuni (rientranti nell'ambito definitorio suddetto) interessati corredino, ad ulteriore dimostrazione, la domanda (da inoltrare entro il 31 ottobre di ogni anno) con la documentazione completa e i dati statistici inerenti ad una serie di indicatori ivi elencati (rapporto tra popolazione residente e numero di presenze in esercizi alberghieri; rapporto tra imprese turistiche ed occupati nelle stesse, con il totale delle imprese e occupati di tutte le imprese, ecc.). Le domande vanno, poi, corredate dei pareri dei soggetti associativi cui si è fatto retro riferimento.

Orbene, sia pure nel rispetto per la lata discrezionalità del legislatore regionale, già ad una prima lettura risalta il difetto di una simile costruzione sotto il profilo della ragionevolezza e della coerenza interna, sembrando palese il suo contrasto con il principio di buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. e con il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Ed invero, in primo luogo si osserva che i due requisiti menzionati pongono, in realtà, uno sbarramento, nel senso che se una località non sia montana o lacuale, ecc., né abbia almeno 1500 posti-letto nei suoi alberghi e strutture affini, non potrà mai essere individuato quale comune ad economia prevalentemente turistica. (Quanto, poi al secondo di tali requisiti, appare in tutta evidenza eccessivo, e irragionevole il requisito di 1.500 posti-letto). Non aiuterebbe, a tal fine, nemmeno la presenza di tutti gli indicatori cui si è accennato, anche se realizzati a livello ottimale. Ciò significa che la valutazione di detti indicatori funge soltanto da ulteriore filtro tra i comuni richiedenti che presentino i menzionati requisiti di base. Senonché, non sfugge all'interprete (e, ovviamente, agli operatori commerciali e alle comunità interessate) che più congruo e maggiormente ragionevole sarebbe apparso considerare il pre-requisito del numero dei posti-letto alla stregua degli altri indicatori cui si è accennato, se del caso attribuendogli un «peso» maggiore, in modo da effettuare una valutazione ponderata di una serie di elementi indicativi della caratteristica di economia prevalentemente turistica di un dato territorio.

3.2. — Maggiormente irragionevole (o comunque inesplicita) appare, poi, la limitazione dell'individuazione quale comune ad economia prevalentemente turistica dei soli comuni montani, litoranei, lacuali e termali (*per incens*, si nota che si prevede la sufficienza, per questi ultimi, della presenza anche di un solo stabilimento ter-

male: *cfr.* comma secondo): in pura teoria, ben potrebbe rinvenirsi una località ad economia turistica situata in pianura e lontana dai laghi e dalla costa. Da ciò l'incongruenza o l'irrazionalità di una simile limitazione. Detta limitazione si pone, altresì, in contrasto - per i suoi effetti discriminatori nei confronti dei comuni che si trovano diversamente ubicati, ma che pure possano vantare il carattere prevalentemente turistico delle rispettive economie con l'art. 3 della Costituzione.

Non chiaro appare, poi, il senso della deroga di cui al quinto comma, ove si prevede che la provincia possa, a richiesta, dare il riconoscimento in discorso ai comuni il cui capoluogo sia situato a un'altitudine di almeno 600 metri sul mare, ipotizzando — tanto si desume dal dato testuale — che detto rinascimento in deroga possa avvenire anche a prescindere del tutto dal requisito inerente al numero dei posti-letto. È appena il caso di osservare che la previsione si pone in contrasto ancora maggiore con l'art. 3 Cost.

3.3. — Infine pare evidente che l'avere privilegiato significativamente il requisito del numero di posti-letto reca in sé un'ulteriore incongruenza là dove si esclude a priori — come sembra evincersi dal tenore e dal dato testuale della norma — che l'esistenza del requisito in questione possa verificarsi con riferimento ad un ambito più ampio del territorio di un solo comune, estendendolo, per così dire, ad un territorio più ampio.

La realtà, invero, conosce l'esistenza di veri e propri comprensori turistici, e quello dell'immediato retro-terra del Garda ne potrebbe costituire un esempio. Al riguardo si osserva anche che i due centri commerciali situati ad Affi in prossimità dello svincolo autostradale, mentre si presta a servire un consistente afflusso di turisti - compratori, al tempo stesso non potrà non giovare anche agli esercizi di vendita minori presenti nelle medesime località, e, verosimilmente, potrà impedire un'ipotizzabile tendenza a realizzare altre grosse strutture commerciali (con quel che segue in termini di congestione e spreco del territorio, risorsa a carattere irreversibile) nelle località lacuali che godono della «franchigia» dalla chiusura nei giorni domenicali e festivi.

4. — Quale ultima annotazione, non può non rilevarsi l'irragionevolezza del disconoscimento, in capo ai comuni ricorrenti, di una qualità che già era loro riconosciuta da tempo, sulla scorta della normativa previgente, il che induceva, oltre ad un ragionevole affidamento in tal senso anche per il futuro (tanto più in presenza di una normativa statale molto orientata nel senso della liberalizzazione delle attività di commercio), anche a realizzare investimenti calcolati sulla base della possibilità di apertura anche nei fine-settimana degli esercizi di vendita.

5. — In conclusione, le considerazioni fin qui esposte inducono il Collegio a riproporre la questione di costituzionalità degli art. 2 e 3 della L.R. 28 dicembre 1999, n. 62, per contrasto con gli articoli 117, 97 e 3 della Costituzione.

Va disposta, pertanto, la sospensione del giudizio e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, per la pronuncia sulla legittimità costituzionale delle suindicate norme.

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l.r. 28 dicembre 1999, n. 62, per contrasto con gli art. 117, 97 e 3 Cost.

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

Ordina che, a cura della segreteria, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa, al Presidente del Consiglio dei ministri e al Presidente della giunta regionale del Veneto, e che sia comunicata ai Presidenti delle Camere del Parlamento.

Così deciso in Venezia, in camera di consiglio, addì 26 marzo 2003.

Il Presidente: ZUBALLI

L'estensore: FRANCO

N. 679

*Ordinanza del 16 giugno 2003 emessa dal Tribunale di Terni
nel procedimento civile tra Marconi Pietro Paolo ed altra e Bernardi Angela*

Procedimento civile - Opposizione a decreto ingiuntivo - Mancata o tardiva costituzione in giudizio dell'opponente dipendente da causa allo stesso non imputabile - Prevista dichiarazione giudiziale di esecutività del decreto ed impossibilità di proseguire l'opposizione - Violazione del principio di uguaglianza per irragionevolezza, facendosi ricadere su di una parte conseguenze di fatti ad essa non imputabili, e per l'identico trattamento di situazioni diverse (mancata o tardiva costituzione per motivi imputabili e non imputabili) - Incidenza sul diritto di azione e di difesa in giudizio - Richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 18/2002.

- Cod. proc. civ., art. 647, commi 1 e 2.
- Costituzione, artt. 3 e 24.

IL TRIBUNALE

Nel procedimento civile contenzioso n. 89/2002 del Ruolo generale, letti gli atti della causa di cui alla intestazione, trattenuta in decisione, con termini per lo scambio delle memorie finali, il 17 marzo 2003,

O S S E R V A

Ritiene il giudicante di dover sollevare d'ufficio questione di costituzionalità dell'art. 647, c.p.c., commi 1 e 2, in relazione agli artt. 24 e 3 della Costituzione, nella parte in cui prevedono che il decreto ingiuntivo debba essere dichiarato definitivamente esecutivo e l'opposizione non possa essere seguita, anche qualora la mancata costituzione dell'opponente sia dipesa da causa a lui non imputabile, seguendo quella che appare la strada lasciata aperta dalla Consulta nella precedente e recente occasione in cui ha dichiarato manifestamente inammissibile la prospettazione (operata da Tribunale di Napoli 21 febbraio 2000, in Giur. nap., 2000, 284) «per difetto di motivazione» (Corte costituzionale, n. 18 del 2002, in Foro it., Giugno 2002, I, 1643).

Il punto pregiudiziale, rilevabile di ufficio, che ha indotto lo scrivente ad invitare le parti a precisare le conclusioni, è quello della tardiva costituzione dell'opponente, che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, per diritto vivente, determina, indipendentemente dalla costituzione nei termini del creditore opposto (peraltro qui non avvenuta), ed indipendentemente dalla dichiarazione di esecutorietà del monito, l'improcedibilità dell'opposizione stessa per formazione del giudicato interno, dovendo essa equipararsi ad una mancata costituzione (come mostra l'iter giurisprudenziale esemplificato da Cass., n. 1375 del 1980, Cass., n. 2707 del 1990, Cass., n. 3258 del 1991, Cass., n. 849 del 1999, Cass., n. 6304 del 1999).

Nella fattispecie, il decreto ingiuntivo è stato, pacificamente, notificato il 25 novembre 2001, come da copia allegata alla citazione (in parte illeggibile) e (comunque) come da avviso di notificazione di opposizione effettuato dall'ufficiale giudiziario alla Cancelleria del Tribunale in data 20 dicembre 2001 (doc. allegato al fascicolo monitorio).

La citazione in opposizione è stata notificata il 18 dicembre 2001 (doc. in atti in originale).

La costituzione attorea è avvenuta il 14 gennaio 2002 (nota di iscrizione a ruolo) contestualmente ad una istanza al Presidente del Tribunale (non essendo stato ancora nominato l'istruttore) di rimessione in termini giustificata dalla tardiva consegna, in data 4 gennaio 2002, della citazione con la relata di notifica da parte dell'ufficiale notificante.

Il Presidente del Tribunale ha rimesso in termini la parte con provvedimento del 15 gennaio 2002.

Ne discende che:

1) l'opposizione è tempestiva;

2) il provvedimento del Presidente del Tribunale è inidoneo alla rimessione in termini, visto che se quale giudice che ha pronunciato il decreto era competente alla dichiarazione di esecutorietà ex art. 647, c.p.c., comma 1, oppure di inefficacia ex art. 188 disp. att., c.p.c., egli, non essendo giudice istruttore del giudizio di opposizione (ed anzi avendo designato altri, poi sostituito, a tale fine, in data 24 gennaio 2002: doc. in atti), non poteva adottare tale provvedimento né, dunque e logicamente, con tale provvedimento ha privato l'istruttore medesimo del potere di deliberare il punto pregiudiziale della sua causa (si segnala che l'opponente ha sostenuto

che la controparte avrebbe dovuto reclamare il provvedimento del Presidente ex art. 178, c.p.c., ma l'indicazione non può seguirsi poiché si tratta di norma attualmente non applicabile al giudizio monocratico, a parte il suo riferimento ai soli provvedimenti del giudice istruttore);

3) l'opposizione dovrebbe dichiararsi improcedibile a mente dell'art. 647, c.p.c.;

4) la restituzione della citazione e la cognizione della tardività è avvenuta allo spirare del quarantesimo giorno e cioè del termine per la cui non avvenuta riproposizione della opposizione, secondo la ulteriore possibilità suggerita dalla medesima Corte costituzionale vagliando il differente caso rimesso dal giudice *a quo* in cui la negligenza determinante la tardività in oggetto era stata della stessa parte (Corte cost., n. 18 del 2002, cit.).

L'opponente ha dimostrato che la tardività deriva da causa a lui non imputabile, producendo una dichiarazione dell'ufficiale giudiziario che attesta di aver riconsegnato in data 4 gennaio 2002 l'atto di citazione alla parte.

Tale prova è tempestiva e sufficiente.

È tempestiva perché, sebbene la memoria ex art. 184, c.p.c., dell'opponente (depositata il 7 marzo 2003) è, come segnalato dall'opposto, tardiva, la dichiarazione in oggetto è apposta proprio sul retro dell'originale della citazione infine restituito, e quindi agli atti dall'iscrizione, come dedotto senza contestazioni a verbale della (successiva) udienza del 21 marzo 2003.

È sufficiente perché la controparte non contesta, nemmeno in discussione, il suo contenuto e nemmeno la sua provenienza, bensì solamente la sua fidejaccia in quanto dichiarazione estranea alla relata e non redatta nelle forme dell'atto pubblico, con argomenti ad avviso di questo giudice non condivisibili, atteso che non esiste una forma legalmente vincolata per tale prova, liberamente diretta a fondare la pretesa di remissione in termini.

Un breve cenno va fatto all'argomento, sollevato dalla difesa del creditore opposto, per cui era pur sempre possibile la costituzione a mezzo di «velina»: sebbene la Corte di cassazione abbia in generale chiarito la mancanza di ostacoli normativi ad una costituzione anche prima della notificazione della citazione (Cass., n. 13315 del 1999), e quindi a prescindere dalla inidoneità della «velina» a sostituire la citazione stessa quale sua «copia informale» (come dice in motivazione Cass., n. 7263 del 2002, proprio in tema di improcedibilità dell'opposizione all'ingiunzione per mancata iscrizione a ruolo con deposito dell'atto nel termine imposto dal rito giuslavoristico proprio delle locazioni), tutto ciò non può privare la parte del diritto, riconosciutole dal rito, ad iscrivere la causa a ruolo, sopportandone i costi, previa verifica della ritualità della notifica.

Infine si segnala che va ritenuta tempestiva la richiesta di remissione in termini avanzata, per le ragioni che più avanti, per utilità espositiva, si esplicheranno.

La Corte costituzionale, nella sopra citata sentenza, ha spiegato che il presupposto della questione, e cioè che il comportamento negligente dell'ufficiale giudiziario sia ricompreso nella generale nozione di forza maggiore o caso fortuito — e perciò in quella di causa non imputabile —, «risulta contrastato dalla giurisprudenza di legittimità» e richiede «pertanto ... una non implausibile motivazione» (Corte cost., n. 18 del 2002, cit., punto 2, 2° cpv., della parte in Diritto).

In effetti nelle decisioni di legittimità, con forti critiche dottrinali (accennate in Foro it., 2002, I, 1643, cit., nella nota alla decisione del giudice costituzionale), si rinvencono affermazioni secondo cui non è riconducibile a questa scriminante il ritardo dell'ufficiale giudiziario nella riconsegna dell'atto notificato, «ricadendo sulla parte notificante la [sua] negligenza» (così Cass., n. 9090 del 2001; cfr., egualmente, in tema di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo, Cass., n. 7830 del 1990).

Nel 1976, invece, il giudice delle leggi condivise l'(implicito) assunto di un giudice remittente secondo cui lo sciopero degli uffici postali, che aveva impedito una tempestiva notificazione della opposizione, integrava «un'ipotesi di caso fortuito o forza maggiore», tanto da legittimare la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 650, c.p.c., al riguardo (Corte cost. n. 120 del 1976).

La dottrina, condivisibilmente, osserva che, per la parte diligente, non vi è nessuna differenza tra l'impedimento causato dallo sciopero degli uffici postali e quello causato dalla negligenza dell'ufficiale giudiziario.

Come non c'è nessuna differenza, per la parte diligente, tra la decadenza dal potere di proporre opposizione e la decadenza dal potere di costituirsi in giudizio.

A conforto della esposta analisi logica viene la stessa giurisprudenza costituzionale che, soprattutto di recente, in tema di procedimento di notificazione, ha qualificato come costituzionalmente protetto dagli artt. 24 e 3 della Carta, l'interesse della parte a non vedersi addebitata un'intempestività derivante dalla condotta di altro soggetto del procedimento «sottratta ai suoi poteri di impulso» (Corte cost., n. 477 del 2002, che cita Corte cost., n. 69 del 1994 e che, sempre al punto n. 3.2. del Considerato in diritto, esplicitamente si riferisce alla attività del-

l'ufficiale giudiziario «e dei suoi ausiliari ... quale ... l'agente postale», indicandola come «sottratta in toto al controllo ed alla sfera di disponibilità del notificante» ossia, che è lo stesso, ai fini qui in esame del soggetto che deve poi costituirsi).

L'evidenziata logica ricostruttiva è chiaramente più ampia di quella che, nel 1988, aveva indotto la Consulta a dichiarare manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione con riferimento alla opposizione ex art. 650, c.p.c., nella parte in cui non prevede che quest'ultima possa spiegarsi ove l'inosservanza del termine sia derivata dalla negligenza o dall'impedimento dell'ufficiale notificante, considerando a tal fine necessario operare «una profonda modificazione della norma impugnata... da ascriversi esclusivamente al legislatore» (Corte cost. ord. n. 855 del 1988): e ciò proprio perché, nel vigente sistema, indica conforme ai principi costituzionali ritenere sufficiente «la diligente consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario notificante» che, al contrario, non valutava di poter imporre al precedente «assetto normativo» (per usare le parole che Cass., n. 7830 del 1990, sopra citata, utilizza appunto richiamando la decisione ora menzionata del giudice costituzionale).

Gli studiosi che partitamente hanno affrontato il problema pongono inoltre in risalto che questo orientamento è in linea con quello di quegli ordinamenti che più hanno approfondito la ricostruzione della rimessione in termini, come, in specie, quello tedesco nel cui codice di procedura civile (ZPO) è presente dal 1877 (nell'allora §211, attuale §233) la norma fondante l'istituto.

Proprio la prospettiva data dal procedimento di notificazione induce a valorizzare il motivo per cui non sembra che vi sia la possibilità adeguatrice di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme vigenti: difatti l'art. 184-*bis*, c.p.c., o anche l'art. 294, c.p.c., la cui utilizzazione è stata pure proposta dalla dottrina, riguardano, per diritto vivente, le sole «decadenze» (art. 184-*bis* c.p.c.) interne alla «trattazione della causa» (e non inerenti la sua «introduzione» come dice Cass., n. 9178 del 2000, citata dall'opposta in discussione), ed in tale ambito relative allo svolgimento delle «attività» (art. 294, c.p.c.) di difesa processuale della parte medesima, e, pertanto, non quei termini idonei a determinare il giudicato attraverso, nell'ipotesi in esame, la trasformazione del procedimento da sommario a cognizione piena con l'investitura dell'organo preposto al giudizio.

La questione che così si solleva è dunque differente da quella che ha proposto la sostanziale riformulazione degli artt. 165, e 647, c.p.c., nel senso di far decorrere il termine per la costituzione dell'opponente non dalla notificazione della opposizione bensì dalla restituzione dell'originale notificato o da altro atto in grado di assicurare la conoscenza o la conoscibilità dell'inizio del decorso del termine stesso (Trib. di Genova, 23 gennaio 1999, Alberici c. Banca Nazionale dell'Agricoltura, e Trib. di Milano, 25 ottobre 1999, Oreggia c. Barry Callebaut Belgium N.V., in Gius. civ., 2000, I,1195). Questione già dichiarata manifestamente infondata, essenzialmente per la incomparabilità del processo ordinario e quello per ingiunzione, a fronte dei quali si protestava, appunto, la disparità di trattamento (Corte cost., ord. n. 239 del 2000). Non comparabilità che anche in un più risalente passato la Corte aveva affermato escludendo la generale compatibilità tra il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, con particolare riguardo all'art. 647, c.p.c., e l'istituto della riassunzione (Corte cost., n. 141 del 1976).

Una simile correzione alla disciplina del termine di costituzione avrebbe, nella fattispecie in delibazione, ovviamente superato il problema, ma la sua infondatezza non preclude l'utilizzazione dei principi latamente sottesi alla esigenza da cui quelle questioni muovevano. Infatti (riprendendo quanto prima si anticipava) si può certamente ritenere che l'istanza di rimessione in termini avanzata dalla parte il decimo giorno dalla riconsegna da parte dell'ufficiale giudiziario dell'atto notificato, sia stata proposta in un termine ragionevole così da poter essere considerata ammissibile in quanto esso è il termine massimo che il rito stesso prevede che l'attore possa avere per costituirsi da quando conosce l'esito della notificazione ove, appunto, la restituzione sia effettuata lo stesso giorno dell'avvenuta notifica.

Le norme dell'ordinamento nazionale tacciono sul termine di proposizione della istanza di rimessione in termini, che solo nei casi di attività interne al corso della trattazione della causa si possono individuare, sistematicamente, nella prima difesa utile. Mentre un'affermazione del principio di ragionevolezza viene, al riguardo, dalla normativa comunitaria, dato che l'art. 19 del Regolamento dell'Unione n. 1348/2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale, consente di rimuovere in favore del contumace la preclusione derivante dalla scadenza del termine per l'impugnazione, ove la domanda, fondata sull'assenza di colpa, sia proposta, appunto, in un «termine ragionevole».

In sintesi, la normativa impugnata fa ricadere sulla parte l'esposta conseguenza processuale negativa determinata da una condotta interamente sottratta alla sua disponibilità, non consentendole di coltivare l'azione di contestazione del decreto ingiuntivo a lei rivolto, per una causa a lei non imputabile, e trattando nello stesso modo fattispecie opposte quali sono quella descritta e quella in cui questa conseguenza è alla stessa parte imputabile.

Da ultimo si segnala alle parti che non è stata chiesta la provvisoria esecuzione del decreto (per l'ipotesi di rimessione in istruttoria), anche se dal complessivo tenore dell'articolazione istruttoria della parte opposta emerge l'assenza, allo stato, di una piena prova del credito vantato.

P. Q. M.

1) *Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la dedotta questione di costituzionalità dell'art. 647, commi 1 e 2, c.p.c., in relazione agli artt. 24 e 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono che il decreto ingiuntivo non debba essere dichiarato definitivamente esecutivo e l'opposizione possa essere proseguita, qualora la mancata costituzione dell'opponente sia dipesa da causa a lui non imputabile;*

2) *Ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale in Roma;*

3) *Dichiara sospeso il processo;*

4) *Ordina la notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e la comunicazione ai Presidenti delle due Camere del Parlamento della Repubblica, ed alle parti costituite in causa;*

5) *Manda alla cancelleria per gli adempimenti.*

Terni, 7 giugno 2003

Il giudice: PORRECA

03C0981

N. 680

Ordinanza del 31 gennaio 2003 (pervenuta alla Corte costituzionale il 20 agosto 2003) emessa dal Tribunale di Roma nel procedimento civile vertente tra 2 DM S.a.s. di Abrusca Clara & C. e Comune di Roma

Giustizia amministrativa - Devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di edilizia e urbanistica, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno ingiusto - Violazione del principio di uguaglianza - Incidenza sul diritto di difesa, sulla funzione giurisdizionale esercitata dai giudici ordinari, sui principi relativi al giusto processo e sul principio di tutela giurisdizionale.

- Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, art. 34, comma 1, nel testo sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205.
- Costituzione, artt. 3, 24, 102, 103, 111 e 113.

IL TRIBUNALE

Nella causa civile di primo grado iscritta al n. 7462 del ruolo generale dell'anno 2001, vertente fra 2 DM S.a.s. di Abrusca Clara & C., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* sig. Marcello De Dominicis, elettivamente domiciliata in Roma alla via Vito Artale n. 7 presso lo studio dell'avv. Nicolino Sciarra, che la rappresenta e difende per procura a margine dell'atto di citazione (attore); e Comune di Roma, in persona del commissario straordinario legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma alla via del Tempio di Giove n. 21 presso gli uffici dell'Avvocatura comunale, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Marzolo per procura generale alle liti per atto notaio Giancarlo Mazza di Roma del 1° febbraio 2001, rep. 47781 (convenuto); avente per oggetto: risarcimento del danno da attività illegittima della P.A., ha pronunciato la seguente ordinanza.

1. — Con atto di citazione notificato in data 26 gennaio 2001 la società attrice — premesso di essere proprietaria di un locale a destinazione negozio, sito in Acilia alla via Francesca Lugali n. 72, acquistato dalla società costruttrice Poggio Verde 89 S.r.l., che lo aveva realizzato a seguito di rilascio di regolare concessione edilizia e

di versamento degli oneri per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria — espone di aver richiesto al Comune di Roma, e in più occasioni sollecitato, l'allaccio dell'immobile alla rete fognaria; avendo avuto le sue istanze esito negativo e non essendo stata, di conseguenza, autorizzata «l'abitabilità [*rectius*: l'agibilità, n.d.e.] dell'edificio», chiede la condanna del Comune di Roma al risarcimento del danno, consistente nell'impossibilità di fatto di «utilizzare e commercializzare» l'immobile.

Il convenuto, dopo aver genericamente contestato la domanda avversaria, con memoria *ex art.* 183, quinto comma, c.p.c. eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, poiché, trattandosi di controversia afferente la materia urbanistica (diniego di allaccio in fognatura e omesso rilascio del certificato di agibilità), sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi degli artt. 34 e 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

Acquisita la documentazione prodotta dalle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione. Nella comparsa conclusoriale parte attrice sollecita l'incidente di costituzionalità dell'art. 34 d.lgs. n. 80/1998 per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 100, 103, 111 e l. 13 Cost., peraltro senza alcuna indicazione delle ragioni poste a sostegno dell'eccezione.

2. — La controversia ha ad oggetto una richiesta di risarcimento dei danni asseritamente derivati dall'illegittimo esercizio di pubblici poteri in materia di urbanistica ed edilizia. Invero, posto che l'attrice si duole del diniego di fruire della rete fognaria comunale non come preclusione all'accesso al relativo servizio pubblico, bensì come presupposto del mancato rilascio del certificato di agibilità del suo immobile, la riconducibilità della domanda alla materia urbanistica ed edilizia si desume da un duplice ordine di considerazioni. Da un lato, l'allaccio di un edificio alla pubblica fognatura incide non solo sulla salubrità e sull'igiene della costruzione (aspetti che vengono in rilievo all'atto del rilascio del certificato di agibilità: art. 221 regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265), ma anche sulla conformità della costruzione stessa al progetto approvato e alle eventuali prescrizioni imposte con la concessione edilizia: dall'altro, com'è noto al soggetto che effettua attività edilizia è imposto l'assolvimento degli oneri di urbanizzazione, tra i quali figura proprio quello relativo a interventi di realizzazione della rete fognaria (art. 4 legge 29 settembre 1964, n. 847).

Ciò posto, l'eccezione di carenza di giurisdizione del giudice ordinario, sollevata dal convenuto, appare fondata, in quanto secondo le nuove previsioni normative in materia di riparto delle giurisdizioni dovrebbe essere il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, a conoscere della controversia in esame. Invero, l'art. 34 d.lgs. 80/1998, nel testo sostituito dall'art. 7 legge n. 205/00, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto «gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia» (comma 1), precisando che «agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti del territorio» (comma 2).

Secondo la definizione c.d. allargata che tende a prevalere nella giurisprudenza (v. Cass. 15641/01; 8506/01; 494/SU/00), la materia urbanistica non si esaurisce nell'aspetto normativo della disciplina dell'uso del territorio (*id est* pianificazione territoriale mediante l'adozione della strumentazione urbanistica), ma comprende anche il momento gestionale, vale a dire l'attuazione concreta delle scelte pianificate attraverso la loro realizzazione, anche mediante semplici comportamenti, restando esclusa la sola concreta attività edificatoria, costituente materia edilizia. La presente controversia, nella quale si discute dei pretesi danni derivati dall'inerzia della P.A. nel momento c.d. gestionale dell'uso del territorio, rientra dunque a pieno titolo fra quelle in materia urbanistica ed appartiene perciò alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, comprensiva della tutela risarcitoria *ex art.* 35, primo comma, d.lgs. n. 80/1998. Il risultato non cambia neppure qualora si consideri che la controversia sia riferibile non tanto al momento gestionale quanto all'attività edificatoria in senso stretto, poiché in tal caso verrebbe in considerazione la materia edilizia.

Si dubita però della conformità a Costituzione della norma (artt. 34, primo comma, d.lgs. n. 80/1998 nel testo sostituito dall'art. 7 legge n. 205/00) che tale giurisdizione esclusiva prevede e della quale si dovrebbe fare applicazione nel presente giudizio. Da qui la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, che si ritiene di sollevare *ex officio* a prescindere dalla generica richiesta di parte attrice, atteso che il suo eventuale accoglimento, radicando la giurisdizione del giudice ordinario adito (il quale è il giudice del risarcimento del danno derivante dalla lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, quando non si tratti di materia espressamente attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, implicante la tutela risarcitoria: Cass. 5125/02; 2624/02; 15939/01; 15139/01; 10979/01), comporterebbe la valutazione del merito della controversia, mentre il rigetto determinerebbe l'epilogo del giudizio con una pronuncia di difetto di giurisdizione.

3. — Riguardo la non manifesta infondatezza della questione, si dubita della legittimità della norma richiamata in relazione agli artt. 3, 24, 102, 103, 111 e 113 Cost., sotto plurimi profili come di seguito esposto in dettaglio.

In linea generale si osserva che l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a «blocchi di materie» (tale è il principio seguito dal legislatore nel 1998 e riproposto con la legge n. 205/00) comporta l'abbandono del tradizionale criterio di riparto delle giurisdizioni, tuttora vigente, delineato nella Carta costituzionale e la contestuale instaurazione di un sistema di attribuzione della competenza giurisdizionale scarsamente razionale per diversi aspetti, foriero di contrasti interpretativi che non potranno essere sanati e ingiustificatamente squilibrato a favore della P.A., che viene così ad avere un «suo» giudice.

4. — Contrasto con gli artt. 102, primo comma, 103, primo comma, e 113, primo comma, Cost.

È opinione largamente condivisa che la Costituzione del 1948 abbia recepito il sistema di tutela giurisdizionale del privato nei confronti della P.A. disciplinato dalla legislazione previgente, in particolare dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E e dal r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, fondato sulla nota dicotomia diritto soggettivo - interesse legittimo, alla quale corrisponde quella giudice ordinario - giudice amministrativo. Invero, l'art. 102, primo comma, stabilisce che «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari»; nell'art. 113, primo comma, viene affermato il principio fondamentale secondo cui «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa»; l'art. 103, primo comma, attribuisce infine al giudice amministrativo «giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi». È dunque chiaro che nel sistema delineato dal costituente il giudice ordinario è il giudice dei diritti; la sua giurisdizione viene meno solo nei limitati casi in cui la legge attribuisce la cognizione al giudice amministrativo di talune specifiche controversie. La ragione di tale estensione della giurisdizione amministrativa, di regola avente ad oggetto gli interessi legittimi, è notoriamente stata individuata nell'intreccio, in particolari tipologie di controversie (fra le quali si ricordano quelle attinenti il rapporto di pubblico impiego e quelle riguardanti i rapporti concessori), di posizioni giuridiche riconducibili tanto al diritto soggettivo quanto all'interesse legittimo, sicché, divenendo arduo se non impossibile individuare con certezza il giudice munito di giurisdizione, si preferisce concentrare l'intera materia dinanzi ad un solo giudice.

Tale modello costituzionale di ripartizione della giurisdizione non risulta essere stato né abrogato in favore di altro né tantomeno modificato. È in relazione ad esso e nel suo pieno rispetto, perciò, che il legislatore ordinario può innovare l'ordinamento giuridico. Al riguardo, non si può non ricordare che la più recente legislazione ha esteso la giurisdizione esclusiva, originariamente delimitata a poche e ben definite controversie (v. art. 7, secondo comma, legge 6 dicembre 1971, n. 1034; art. 16 legge 28 gennaio 1977, n. 10), a una serie di materie prescindendo, ma non del tutto, dalla qualificazione giuridica della situazione vantata nei confronti della P.A. (a titolo di esempio si ricordano: l'art. 11, comma quinto, legge n. 241/1990 sugli accordi con la P.A. sostitutivi di provvedimenti; l'art. 33 legge n. 287/1990 e l'art. 7 d.lgs. n. 74/1992 — come modificato dall'art. 5, comma undicesimo, d.lgs. n. 67/00 — sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in particolare in materia di pubblicità ingannevole; l'art. 6, comma diciannovesimo, legge n. 537/1993 — come modificato dall'art. 44 legge n. 724/1994 — sui contratti per la fornitura di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni; l'art. 4, comma settimo, legge n. 109/1994 — come modificato dall'art. 9, comma nono, legge n. 415/1998 — sui provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici; l'art. 2, comma venticinquesimo, legge n. 481/1995 sui provvedimenti delle Autorità per i servizi di pubblica utilità; l'art. 1, comma ventiseiesimo, legge n. 249/1997 sui provvedimenti dell'Autorità per le telecomunicazioni). Infatti, anche in tale produzione legislativa non sembra obliterata la fondamentale funzione del giudice ordinario quale giudice dei diritti: invero, l'art. 33, comma secondo, legge n. 287/1990 gli attribuisce la giurisdizione sulle azioni di nullità e di risarcimento del danno derivanti dalla violazione delle norme di settore; l'art. 7, comma tredicesimo, legge n. 74/1992 — nel testo modificato dall'art. 5 d.lgs. n. 67/00 — fa salva la giurisdizione ordinaria in materia di concorrenza sleale. Ed anche nell'ambito delle altre ipotesi di giurisdizione esclusiva appena richiamate, relative all'impugnazione dei provvedimenti emessi dalle Autorità indipendenti, non mancano casi in cui è sancita la giurisdizione del giudice ordinario (v. art. 29 legge n. 675/1996 in materia di protezione dei dati personali), a dimostrazione del fatto che né la natura amministrativa dell'Autorità né la struttura impugnatoria del giudizio costituiscono ragioni imprescindibili per attribuire la giurisdizione al giudice amministrativo. Con riguardo alle impugnazioni dei provvedimenti sanzionatori di tali Autorità, peraltro, è da segnalare il *vulnus* arrecato al sistema disciplinato dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, che,

in applicazione della previsione di cui all'art. 113, ultimo comma, Cost., secondo cui «la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa», individua nel giudice ordinario il giudice dell'opposizione.

La legge n. 205/00, invece, risponde ad un criterio affatto diverso: la controversia spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ragione della sua rilevanza pubblicistica, che sussiste non solo e non tanto quando una delle parti sia una P.A., ma quando vi sia esercizio di una funzione amministrativa, anche da parte di un soggetto privato (c.d. organo indiretto). Ed infatti, l'art. 34 d.lgs. n. 80/1998, nel testo modificato dall'art. 7 legge n. 205/00, attribuisce alla giurisdizione esclusiva amministrativa le controversie in materia urbanistica ed edilizia aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti non solo delle pubbliche amministrazioni, ma anche «dei soggetti alle stesse equiparati». Tutto questo a prescindere dalla compresenza di situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo nella controversia: anzi, in quelle risarcitorie in materia di urbanistica o di edilizia, come quella in esame, nessun dubbio può esservi in ordine al fatto che la posizione giuridica in discussione sia proprio quella del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale. Non vale a superare i dubbi di legittimità costituzionale appena espressi la tesi secondo cui l'art. 103, primo comma, Cost. avrebbe attribuito al legislatore il potere di assegnare direttamente al giudice amministrativo la cognizione delle controversie nelle quali si fa questione di diritti soggettivi, senza che gli stessi coesistano con situazioni di interesse legittimo. Invero, siffatto potere ha un carattere indubbiamente eccezionale («in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi»), rispetto alla regola costituita dall'individuazione nel giudice ordinario del giudice dei diritti per tutti i soggetti dell'ordinamento, compresa la P.A. Attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione su intere materie, spesso anche di incerta identificazione (con la conseguenza di aprire il varco ad interpretazioni sempre più estensive), equivale a capovolgere il rapporto fra regola ed eccezione.

L'abbandono del criterio sotteso alla previsione costituzionale non potrebbe dunque essere più chiaro. Ma se il sistema costituzionale di riferimento è (ancora) quello fondato sulla netta distinzione diritti — interessi e sulle «particolari materie» nelle quali far operare la giurisdizione esclusiva (come già ricordato tali materie sono individuabili attraverso l'inscindibile coesistenza di diritti e interessi nelle controversie che ad esse si riferiscono), forte è il dubbio che il legislatore ordinario abbia violato la legge fondamentale.

Riprova di questa affermazione è offerta dall'avvenuta presentazione, il 28 novembre 2000, della proposta di legge costituzionale C. 7645, il cui art. 1 riscrive l'art. 103, primo comma, Cost. stabilendo, fra l'altro, che «... la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge. È riservata, in ogni caso, giurisdizione amministrativa la cognizione delle controversie riguardanti l'esercizio di poteri amministrativi». Nella relazione illustrativa si legge che, sfumata la modifica della parte seconda della Costituzione proposta dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali, che prevedeva di affidare ai giudici amministrativi la giurisdizione «sulla base di materie omogenee indicate dalla legge, riguardanti l'esercizio di pubblici poteri», ed entrata nel frattempo in vigore la legge n. 205/00, «che esprime una decisa volontà del Parlamento nel senso indicato, si rende perciò necessario riprendere la modifica degli articoli della Costituzione che disciplinano il riparto delle giurisdizioni». Per i fini che interessano in questa sede, è irrilevante la circostanza che, decaduta questa proposta di legge costituzionale per fine legislatura ed eletto il nuovo Parlamento, non ne risulti presentata una nuova di analogo contenuto: il valore *lato sensu* confessorio del contrasto della legge n. 205/00 con la Costituzione resta immutato.

5. — Sul contrasto con gli artt. 102, secondo comma, e 3, primo comma, Cost.

La giurisdizione esclusiva ha trovato giustificazione anche nel particolare grado di peculiarità della controversia nella quale è parte la P.A.: rilievo, questo, in diretta correlazione con la tesi, da alcuni sostenuta, dell'esistenza di un principio costituzionale della pluralità delle giurisdizioni.

A parte la condivisibilità e la fondatezza di simile tesi (recenti, non isolati contributi dottrinari tendono infatti a superarla in favore dell'istituzione di una giurisdizione unica), il grado di peculiarità idoneo a fondare la giurisdizione esclusiva è sempre stato identificato nella rilevanza pubblicistica degli interessi dedotti nella controversia e nell'applicazione di una normativa speciale, di natura amministrativa, derogatoria del diritto comune. Quando però la controversia ha ad oggetto la dedotta lesione di una situazione giuridica avente la consistenza del diritto soggettivo, ad esempio perché la P.A. ha agito *iure privatorum* ovvero ha compiuto un'attività asseritamente illecita, come nel caso all'esame del giudice rimettente, non c'è peculiarità di sorta che possa fondare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In una simile controversia dovranno infatti applicarsi le note categorie giuridiche del danno ingiusto, del nesso di causalità, della colpevolezza: nulla di più lontano dalla specialità

della normativa amministrativa e, al contempo, di più tipica espressione del diritto civile. Secondo i parametri costituzionali richiamati al precedente punto 4 la controversia deve essere attribuita alla giurisdizione ordinaria. Solo una «decisa volontà» del legislatore di fare del giudice amministrativo il giudice (naturale) della P.A., giustifica l'attribuzione alla sua giurisdizione esclusiva di materie aventi una pretesa rilevanza pubblicistica.

Se così è, non pare possa dubitarsi della violazione del divieto di istituire giudici speciali, sancito dall'art. 102, secondo comma, Cost., anche perché, nel quadro delineato dalla Costituzione, il giudice amministrativo è «organo... di tutela della giustizia nell'amministrazione» (art. 100, primo comma) e non dell'amministrazione.

La stessa composizione del giudice amministrativo, inoltre, contribuisce non poco ad alimentare il dubbio sulla natura di giudice speciale, costituito appositamente per la P.A. Va rilevato in proposito che la legge 27 aprile 1982, n. 186, sull'ordinamento della giurisdizione amministrativa prevede: *a*) il conferimento dei posti nella qualifica di Consigliere di Stato «in ragione di un quarto ... a dirigenti generali od equiparati dei Ministeri... con decreto del Presidente della Repubblica su deliberazione del Consiglio dei ministri» (art. 19 n. 2); *b*) la nomina del Presidente del Consiglio di Stato con decreto del Presidente della Repubblica «su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio di presidenza» (art. 22, primo comma); *c*) l'incarico di segretario generale ad un Consigliere di Stato «con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio di Stato, sentito il Consiglio di presidenza» (art. 4, terzo comma); *d*) l'attribuzione al Presidente del Consiglio dei ministri del potere di esercitare «l'alta sorveglianza... su tutti i magistrati» amministrativi (art. 31, primo comma) e di promuovere il procedimento disciplinare (art. 33, primo comma); *e*) l'avvicendamento dei magistrati del Consiglio di Stato fra sezioni consultive e sezioni giurisdizionali fra gli obiettivi da perseguire all'atto della composizione delle due sezioni (art. 2, primo comma); *f*) «lo svolgimento di funzioni giuridico-amministrative presso le amministrazioni dello Stato» da parte dei magistrati amministrativi, previa deliberazione del Consiglio di presidenza (art. 13, secondo comma, n. 8 e art. 29, terzo comma).

A tutto ciò deve aggiungersi che devolvere una controversia ad un giudice speciale solo in funzione della natura pubblica di una parte o di una pretesa rilevanza pubblicistica degli interessi contesi, desunta dall'esercizio di una funzione amministrativa, anche da parte di un soggetto privato (il che tende ad alimentare incertezze interpretative, attesa la genericità del concetto), è una scelta che reca in sé il rischio dell'affermazione di un diritto speciale della P.A., conformato secondo valutazioni dell'interesse pubblico del tutto incompatibili con la natura squisitamente civilistica del rapporto controverso. Sorge allora il consistente dubbio che in tal modo sia stato violato anche il principio di uguaglianza, stante la non giustificata disparità di trattamento riservata ai soggetti dell'ordinamento dinanzi alla giurisdizione, perché l'individuazione del giudice è fatta dipendere dalla qualità soggettiva di una delle parti (la P.A.), alla quale la Costituzione non riconosce alcun privilegio o statuto particolare, specie quando non agisce *iure imperii* ovvero si rapporta ai privati su un piano di parità. Tale disparità di trattamento è acuito dalla mancanza di elementi normativi sicuri per identificare, nell'attuale momento storico, il soggetto P.A., attesa la già ricordata tendenza a valorizzare a questo fine parametri incerti ed evanescenti quali quello dell'interesse pubblico dell'attività svolta.

6. — Sul contrasto con gli artt. 3, 111, settimo e ottavo comma, e 24, primo comma, Cost.

Ulteriori motivi di contrasto con fondamentali principi della Carta costituzionale vengono in considerazione.

Il quadro normativo delineato dal legislatore del 2000 si caratterizza per aver istituito un giudice amministrativo munito di giurisdizione esclusiva in materie e con strumenti processuali (v. art. 7, nella parte in cui sostituisce l'art. 35 d.lgs. n. 80/1998, nonché art. 8 legge n. 205/00) pressoché coincidenti con materie e strumenti processuali da sempre appartenenti al giudice ordinario. In sostanza è stato creato un vero e proprio doppione, con conseguente dispersione del patrimonio delle conoscenze del giudice ordinario nella risoluzione delle controversie ora attribuite al giudice amministrativo. A questo proposito non appare superfluo ricordare che la ragione per la quale il costituente decise di mantenere alcune delle giurisdizioni speciali preesistenti fu quella di poter continuare a fruire della specializzazione da esse maturata sino ad allora. Ad una logica del tutto opposta appare invece ispirarsi il legislatore del 1998 e del 2000 quando affida materie da sempre trattate dal giudice ordinario ad un giudice che non solo ha maturato la sua specializzazione in tutt'altro settore dello scibile giuridico, ma che con quelle materie non ha avuto quasi mai occasione di confrontarsi.

Quanto di utile per il cittadino e di razionale sotto il profilo della linearità del sistema della tutela giurisdizionale vi sia in ciò è assai arduo cogliere. L'irragionevolezza della scelta legislativa (art. 3 Cost.) è poi esaltata dal

particolare contesto storico in cui essa è stata operata. È noto che la produzione legislativa e gli interventi giurisprudenziali dell'ultimo decennio hanno segnato una recessione del c.d. modello autoritativo nei rapporti fra cittadino e P.A. a tutto vantaggio del c.d. modello negoziale: non più un rapporto basato su atti imperativi cui si contrappone l'interesse al corretto esercizio del potere pubblico, ma un rapporto fondato sull'accordo con la P.A. e sull'obbligo di quest'ultima di comportarsi secondo buona fede (a titolo di esempio basta citare l'art. 11, legge n. 241/1990 e la notissima Cass. 500/SU/1999). L'indubbio mutamento delle coordinate di fondo di questo rapporto ha segnato il prevalere della categoria relazionale diritto (del cittadino) - obbligo (della P.A.), che avrebbe dovuto portare, secondo uno sviluppo normativo coerente con i principi costituzionali, all'espansione delle competenze del giudice ordinario, da sempre preposto alla cognizione di controversie il cui oggetto è costituito da siffatta categoria relazionale.

L'aver attribuito a due plessi giurisdizionali distinti, unicamente in ragione della natura soggettiva di una delle parti in causa, la cognizione di controversie sostanzialmente identiche, da decidere facendo uso di poteri processuali in larghissima misura coincidenti, ha un'ulteriore conseguenza che si connota di scarsa razionalità. L'art. 111, settimo ed ottavo comma, Cost. stabilisce che «contro le sentenze ... pronunciat(e) dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Contro le decisioni del Consiglio di Stato ... il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione». La limitazione dei casi di impugnativa delle decisioni del giudice amministrativo alle sole questioni di giurisdizione ha un senso se le aree di competenza dei due plessi giurisdizionali sono sufficientemente diversificate fra loro, per cui i contrasti interpretativi sono piuttosto rari e la funzione nomofilattica è assicurata dall'organo di vertice di ciascuno dei due sistemi giurisdizionali. Il quadro disegnato dal legislatore del 2000, stante la coincidenza delle materie (si pensi in particolare a quella del diritto al risarcimento del danno), è invece destinato a generare contrasti giurisprudenziali fra giudici ordinari e giudici amministrativi, che non potranno avere alcuna possibilità di composizione, poiché le pronunce del Consiglio di Stato non sono suscettibili di ricorso per Cassazione *ex* art. 360 n. 3 c.p.c. (violazione o falsa applicazione di norme di diritto), ma soltanto per motivi attinenti alla giurisdizione. La mancanza di ragionevolezza di tale disciplina è stata rilevata da attenta dottrina, che pone il quesito di quale senso abbia prevedere due diverse giurisdizioni per questioni sostanzialmente identiche (unica differenza essendo, si ripete, solo la natura soggettiva di una delle parti) ed auspica l'avvento di una giurisdizione unica con settori specializzati per materie (soluzione davvero conforme a Costituzione: art. 102, secondo comma).

Il rischio di contrasti giurisprudenziali insanabili, frutto della creazione del mantenimento di due distinte giurisdizioni, infine, finisce per svuotare di contenuto il diritto costituzionalmente protetto della difesa in giudizio dei diritti e degli interessi legittimi. Infatti, se questioni di diritto identiche sono destinate a ricevere differenti risposte a seconda del plesso giurisdizionale al quale esse vengono devolute, è davvero difficile sostenere che il diritto di difesa di cui all'art. 24, primo comma, Cost. è effettivamente assicurato.

P. Q. M.

Visti gli artt. 1, legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e 23, legge 11 marzo 1953, n. 87, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, primo comma, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, nel testo sostituito dall'art. 7 legge 21 luglio 2000, n. 205, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia, per contrasto con gli artt. 3, 24, 102, 103, 111 e 113 Cost.;

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

Dispone che la presente ordinanza sia notificata, a cura della cancelleria, al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica e alle parti.

Roma, addì 31 gennaio 2003

Il giudice: ODDI

N. 681

*Ordinanza del 22 maggio 2003 emessa dal Tribunale di Potenza
nel procedimento disciplinare promosso dal p.m. contro notaio Zotta Domenico Antonio*

Edilizia e urbanistica - Atti *inter vivos* aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni senza allegazione di valido certificato di destinazione urbanistica - Prevista nullità insanabile - Possibilità di conferma dell'atto nullo mediante redazione di un atto, redatto nella stessa forma del precedente, al quale sia allegato un certificato contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti le aree, relative al giorno in cui è stato stipulato l'atto da confermare - Mancata previsione - Irragionevole diversa disciplina rispetto agli atti relativi a fabbricati.

- Legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 18.
- Costituzione, art. 3.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, art. 23, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, nel procedimento iscritto al n. 6/2003 R.G. Vol. Giur., avente ad oggetto il procedimento disciplinare promosso dal p.m. a carico del notaio Domenico Antonio Zotta da Potenza per le contravvenzioni contestate nel verbale di ispezione del 26 settembre 2002 con riguardo al biennio 2000-2001.

I — Nel corso dell'ispezione eseguita il 26 settembre 2002 dal conservatore dell'archivio nazionale di Potenza e dal presidente del consiglio notarile di Potenza sugli atti, sui repertori e sui registri del notaio Domenico Antonio Zotta da Potenza, veniva contestata, tra l'altro, la contravvenzione all'art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, in relazione all'art. 28, primo comma, n. 1) della legge 16 febbraio 1913, n. 89 con la conseguente applicabilità della sanzione comminata dall'art. 138, secondo comma, della legge 16 febbraio 1913, n. 89, per l'allegazione alla compravendita stipulata a suo Ministero in data 11 settembre 2000, rep. n. 40089, di un certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal sindaco del comune di Tito (Potenza) in data 11 maggio 1999 e, pertanto, cessato di validità alla data del 11 maggio 2000. Sul la base delle risultanze del verbale ispettivo, il p.m. promuoveva il procedimento disciplinare innanzi al Tribunale di Potenza. All'udienza del 15 maggio 2003, il notaio compariva personalmente al cospetto del collegio, adducendo che l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica scaduto di validità era addebitabile ad un mero errore dei suoi collaboratori, dal momento che egli era già in possesso, all'epoca della rogazione, del certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal sindaco del comune di Tito (Potenza) in data 5 maggio 2000 (del quale si faceva esibizione al collegio). Nessuno compariva per il p.m. Nella medesima sede, il collegio si riservava per la decisione.

II — Secondo l'interpretazione datane dalla giurisprudenza di legittimità, il termine di un anno dalla data del rilascio, previsto dall'art. 18, terzo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47 per la validità del certificato di destinazione urbanistica da allegare, a pena di nullità, agli atti traslativi della proprietà di terreni, deve considerarsi a carattere perentorio, di guisa che la relativa scadenza importa la radicale inettitudine del certificato a produrre effetti e, in particolare, osta a che l'allegazione dello stesso agli atti venga ad assumere la portata di requisito di validità di questi (*ex plurimis*: Cass., 28 novembre 1994, n. 7893; Cass., 15 dicembre 1997, n. 12650), essendo da puntualizzare, in merito, soltanto che la dichiarazione dell'alienante attestante il non intervento di modificazioni degli strumenti urbanistici rispetto alla situazione documentata dal certificato considerato si configura come elemento volto ad integrare ed a rafforzare l'efficacia probatoria del certificato medesimo, nella persistenza della relativa validità temporale, nel quadro di un meccanismo rigorosamente formale inteso alla tutela sia dell'interesse generale alla difesa dell'equilibrio del territorio dai danni connessi alla speculazione edilizia, sia alla protezione degli interessi dell'acquirente (in termini: Cass., 23 ottobre 1992, n. 11568).

Con la ovvia conseguenza che l'allegazione ad un negozio recante traslazione di terreni di un certificato privo di validità *ratione temporis* non può non importare la nullità del negozio a mente dell'art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, esigendo tale norma la produzione a corredo dell'atto recante consacrazione di un tale negozio di un certificato valido sotto ogni profilo (*ex plurimis*: Cass., 15 dicembre 1997, n. 12650).

A fronte delle perplessità manifestate con riguardo alla violazione del principio di tassatività delle cause di nullità, dell'inesistenza nella legge di una equiparazione *quoad effectum* della mancata allegazione all'atto del

certificato in argomento all'allegazione di un certificato scaduto, dell'inconcepibilità di una nullità del negozio correlata all'irregolarità formale di un documento ad esso accessorio, la giurisprudenza di legittimità ha puntualizzato che:

a) la nullità, degli atti traslativi dei terreni in ragione della mancata allegazione agli stessi di un certificato di destinazione urbanistica valido rientra nella previsione della normativa di cui all'art. 18, secondo comma e terzo comma, della legge 22 febbraio 1985, n. 47 (a tutto voler concedere, estensivamente interpretata);

b) la nullità di cui trattasi è una nullità di carattere formale, ed è, perciò, perfino ovvio che essa possa discendere da un difetto, asserito, di forma di uno dei documenti attinenti al perfezionamento della fattispecie negoziale (in tal senso: Cass., 15 dicembre 1997, n. 12650).

III — Posta in siffatti termini l'attuale configurazione del c.d. «diritto vivente», l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata aventi per oggetto il trasferimento della proprietà di terreni verrebbero ad essere affetti da nullità in caso di allegazione di un certificato di destinazione urbanistica rilasciato oltre il termine previsto per la vendita dall'art. 18, terzo comma, della legge 23 febbraio 1935, n. 47 (vale a dire, oltre un anno prima della stipulazione).

Peraltro, ai sensi dell'art. 21, primo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, la rogazione di un atto pubblico o l'autenticazione di una scrittura privata a cui sia allegato un certificato cessato di validità per il decorso del termine annuale costituisce violazione dell'art. 28, primo comma, n. 1), legge 16 febbraio 1913, n. 89 (divieto di ricevere atti nulli, secondo la più recente interpretazione della locuzione «atti ... espressamente proibiti dalla legge» — *ex plurimis*: Cass., 11 novembre 1997, n. 11128; Cass., 19 febbraio 1998, n. 1766; Cass. 9 marzo 1998, n. 2591; Cass., 4 maggio 1998, n. 4441; Cass., 4 novembre 1998, n. 11071; Cass., 1º febbraio 2001, n. 1394), con la conseguente applicabilità al notaio della sanzione comminata dall'art. 138, secondo comma, della legge 15 febbraio 1913, n. 89 (sospensione da sei mesi ad un anno), trattandosi di una nullità insuscettibile di sanatoria.

Difatti, l'art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 — a differenza dell'art. 17, quarto comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, per i casi in cui, negli atti pubblici o nelle scritture private autenticate aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi ad edifici o loro parti, la mancata indicazione degli estremi della concessione edilizia non sia dipesa dalla sua insussistenza all'epoca della stipulazione — non contempla la conferma per gli atti pubblici o le scritture private autenticate aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni. Per cui, è inevitabile che il ricevimento o l'autenticazione di atti nulli per violazione dell'art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 comporta a carico del notaio le conseguenze sanzionatorie dell'art. 21, primo comma, della legge 22 febbraio 1985, n. 47.

In verità, con una serie di provvedimenti legislativi d'urgenza si era tentato di rimediare alla evidenziata omissione, prevedendo tra l'altro, che anche gli atti sprovvisti dell'allegazione del certificato di destinazione urbanistica (e, quindi, stante la parificazione degli effetti, anche di quelli a cui fosse allegato un certificato di destinazione urbanistica cessato di validità) potessero essere confermati mediante un atto redatto nella stessa forma del precedente, al quale fosse allegato un certificato contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti le aree attinenti al giorno in cui fosse stato stipulato l'atto da confermare (artt. 8, nono comma, del d.l. 27 settembre 1994 n. 551, 7, nono comma, del d.l. 25 novembre 1994, n. 649, 7, nono comma, del d.l. 26 gennaio 1995, n. 24, 7, ottavo comma, del d.l. 27 marzo 1995, n. 88, 7, ottavo comma, del d.l. 26 maggio 1995, n. 193, 7, ottavo comma, del d.l. 26 luglio 1995, n. 310, 7, ottavo comma, del d.l. 20 settembre 1995, n. 400, 7, ottavo comma, del d.l. 25 novembre 1995, n. 498, 8, settimo comma, del d.l. 24 gennaio 1996, n. 30, 8, settimo comma, del d.l. 25 marzo 1996, n. 154, 8; settimo comma, del d.l. 25 maggio 1996, n. 285, 8, settimo comma, del d.l. 22 luglio 1996, n. 388 e 8, settimo comma, del d.l. 24 settembre 1996, n. 495).

Tuttavia, nonostante la implicita consapevolezza dell'iniquità insita nella permanenza dell'originaria discrepanza, non è mai seguita alcuna conversione in legge, essendosi limitato il legislatore a salvaguardare «gli atti e i provvedimenti adottati», nonché «gli effetti prodottisi ed i rapporti giuridici sorti» sulla base del d.l. 26 luglio 1994, n. 468, del d.l. 27 settembre 1994, n. 551, del d.l. 25 novembre 1994, n. 649, del d.l. 26 gennaio 1995, n. 24, del d.l. 27 marzo 1995, n. 88, del d.l. 26 maggio 1995, n. 193, del d.l. 26 luglio 1995, n. 310, del d.l. 20 settembre 1995, n. 400, del d.l. 25 novembre 1995, n. 498, del d.l. 24 gennaio 1996, n. 30, del d.l. 25 marzo 1996, n. 154; del d.l. 25 maggio 1996, n. 285, del d.l. 22 luglio 1996, n. 388 e del d.l. 24 settembre 1996, n. 495.

Né l'art. 30 del d.lgs. 6 giugno 2001, n. 378 — la cui entrata in vigore, peraltro, è stata ora differita al 30 giugno 2003 dall'art. 2 del d.l. 20 giugno 2002, n. 122, convertito, con modificazioni, nella legge 1º agosto 2002, n. 185 — ha apportato alcuna innovazione al riguardo, limitandosi a riprodurre, seppure con taluni adattamenti, il testo dell'art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47.

Pertanto, l'attuale quadro normativo esclude la confermabilità degli atti aventi per oggetto terreni e carenti dell'allegazione di un valido certificato di destinazione urbanistica. In tale contesto, quindi, un'eventuale conferma della compravendita non può che assumere — allo stato — la valenza di una vera e propria rinnovazione del contratto nullo, cioè di una reiterazione dell'identico contratto con l'emenda del vizio di nullità, senza che il contratto nullo possa rivestire — a differenza che nelle ipotesi tipiche in cui la conferma è consentita — alcun ruolo nella produzione degli effetti traslativi.

IV — Su tali premesse in punto di diritto, l'adito giudicante valuta di dover sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, denunciando la violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della logicità e della ragionevolezza, nella parte in cui esso non prevede che gli atti tra vivi, sia in forma pubblica che in forma privata; aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni, ove siano sprovvisti dell'allegazione di un valido certificato di destinazione urbanistica, possano essere confermati mediante un atto redatto nella stessa forma del precedente, al quale sia allegato un certificato contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti le aree attinenti al giorno in cui è stato stipulato l'atto da confermare.

V — La questione appare rilevante ai fini della decisione. Difatti, il procedimento non può essere definito indipendentemente dalla sua risoluzione, per la semplice ragione che la rigorosa applicazione della norma richiamata nell'attuale formulazione determinerebbe l'imputabilità dell'illecito disciplinare a carico del notaio con il corollario sanzionatorio, laddove la manipolazione additiva della norma richiamata nel senso prospettato comporterebbe l'esenzione del notaio da ogni responsabilità disciplinare nei termini fissati dall'art. 21, primo comma, della legge 28 febbraio 1935, n. 47.

VI — La questione non è manifestamente infondata. Come si è detto, l'art. 17, quarto comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47 consente la conferma degli atti pubblici e delle scritture private autenticate aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi ad edifici o loro parti (la cui costruzione sia stata iniziata dopo il 17 marzo 1985), nei casi in cui la mancata indicazione degli estremi della concessione non sia dipesa dalla sua insussistenza all'epoca della stipulazione. Parimenti, l'art. 40, terzo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47 consente la conferma degli atti pubblici e delle scritture private autenticate aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi ad edifici o loro parti (la cui costruzione sia stata ultimata entro il di 1° ottobre 1983 ovvero sia stata iniziata prima del 17 marzo 1985 o ultimata dopo il 31 ottobre 1983 ovvero sia stata iniziata prima del di 1° settembre 1967), nei casi in cui la mancanza delle dichiarazioni o dei documenti da indicarsi o da allegarsi non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dall'inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati ovvero da fatto che la costruzione sia stata iniziata successivamente al di 1° settembre 1967.

Viceversa, l'art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 non ammette la conferma degli atti pubblici e delle scritture private autenticate aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni, nei casi in cui non sia stato allegato il certificato di destinazione urbanistica ovvero sia stato allegato un certificato di destinazione urbanistica cessato di validità.

Ora, è convinzione del collegio che tale lacuna ingeneri 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.

Invero, la *ratio* degli artt. 17, 18 e 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 è rappresentata dalla prevenzione, rispettivamente, della commercializzazione di fabbricati abusivi e della lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio rispettivamente, per i primi, attraverso l'indicazione degli estremi dei titoli autorizzativi dell'edificazione ovvero attraverso l'autocertificazione della risalenza della edificazione ad epoca anteriore al di 1° settembre 1967, e, per i secondi, attraverso l'allegazione di un documento attestante le prescrizioni urbanistiche della superficie interessata dalla negoziazione.

Per cui, in ambedue i casi, si tratta di nullità formali, le quali non conseguono all'illiceità dell'oggetto del contratto (art. 1418, secondo comma, cod. civ., in relazione all'art. 1346 cod. civ.: fabbricato risultante da edificazione abusiva ovvero area derivante da lottizzazione abusiva), ma scaturiscono dalla mera inosservanza degli adempimenti imposti per la regolarità della contrattazione (per i fabbricati, l'omessa indicazione dei titoli autorizzativi dell'edificazione ovvero l'omessa autocertificazione della risalenza della edificazione ad epoca anteriore al di 1° settembre 1967; per i terreni, l'omessa allegazione di un valido certificato di destinazione urbanistica).

In tale prospettiva, non ha alcun senso la restrizione della confermabilità agli atti relativi a fabbricati (od a loro parti). Invero, l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica non esclude che il terreno negoziato possa essere derivato dalla lottizzazione non autorizzata dall'amministrazione comunale di un'area dotata di mag-

giore consistenza, così come l'indicazione dei titoli autorizzativi dell'edificazione ovvero l'autocertificazione della risaleza della edificazione ad epoca anteriore al di 1° settembre 1967 non escludono che il fabbricato sia stato edificato in difformità dai titoli autorizzativi ovvero in epoca posteriore al di 1° settembre 1967.

Né può ritenersi che l'inammissibilità della conferma per gli atti relativi a terreni sia ravvisabile nell'apprezzamento legislativo di una maggiore pericolosità delle lottizzazioni abusive rispetto alle edificazioni abusive.

Come si è detto, la validità degli atti relativi ad edifici è subordinata alla menzione ed all'esistenza dei titoli autorizzativi ovvero alla dichiarazione ed alla veridicità della risaleza ad epoca anteriore al di 1° settembre 1967. Pertanto, la carenza di uno dei due requisiti comporta la nullità dell'atto, ma con la rilevante differenza che, mentre l'assenza della menzione o della dichiarazione comporta, qualora non sia conseguenza dell'inesistenza dei titoli autorizzativi ovvero della risaleza ad epoca posteriore al di 1° settembre 1967, una nullità formale, come tale sanabile, l'inesistenza dei titoli autorizzativi ovvero la risaleza ad epoca posteriore al 1° settembre 1967 comporta una nullità sostanziale, come tale insanabile. Dunque, la conferma è esclusa quando i provvedimenti autorizzativi siano carenti e l'edificazione risalgia ad epoca posteriore al di 1° settembre 1967. Il che significa che il fabbricato risultante da edificazione abusiva non è commerciabile, essendo impossibile l'osservanza degli adempimenti formali prescritti dagli artt. 17 e 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 sia contemporaneamente (cioè, in sede di stipulazione) che successivamente (cioè, in sede di conferma) alla conclusione del contratto.

Di contro la validità degli atti relativi a terreni è subordinata alla sola allegazione di un valido certificato di destinazione urbanistica. Pertanto, il difetto di tale requisito comporta «tout court» la nullità dell'atto. Ma, a differenza che per i fabbricati risultanti da edificazione abusiva, per i quali la commerciabilità è esclusa dall'impossibilità di fare le menzioni o di rendere le dichiarazioni previste dagli artt. 17 e 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica non ostacola la disponibilità dei terreni derivanti da lottizzazione abusiva, dal momento che la strumentalità della contrattazione alla consumazione dell'illecito penale (artt. 18, primo comma, e 20, primo comma, lett. c), della legge 28 febbraio 1985, n. 47) non è riconoscibile *in re ipsa* ma è desumibile soltanto *ex post*, all'esito di un controllo rimesso al sindaco del comune ove è ubicato il terreno, al quale deve essere trasmessa copia dell'atto ricevuto o autenticato dal notaio entro trenta giorni dalla registrazione (art. 18, sesto comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47). In caso di riscontro positivo, il sindaco promuove il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18, settimo comma, ottavo comma e nono comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47.

Nondimeno, al di là della specifica peculiarità dei sistemi repressivi (l'incommerciabilità degli edifici risultanti da edificazione abusiva consegue all'inesistenza dei titoli autorizzativi ed alla risaleza della edificazione ad epoca posteriore al di 1° settembre 1967, mentre l'incommerciabilità dei terreni derivanti da lottizzazione abusiva consegue alla trascrizione nei registri immobiliari dell'ordinanza emanata dal sindaco con cui si interrompe l'esecuzione delle opere e si vieta ai proprietari di disporre delle aree e delle opere mediante atti tra vivi), i quali si ricollegano alla conformazione ontologica delle singole illiceità sul piano dei riflessi civilistici, la mera inosservanza delle prescrizioni formali, tanto per gli atti relativi a fabbricati quanto per gli atti relativi a terreni, si traduce in una nullità suscettibile di essere sanata con la postuma rimozione del vizio iniziale, in modo da far riacquistare validità all'atto originariamente nullo.

Difatti, le formalità prescritte dagli artt. 17, 18 e 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, per loro natura, si prestano ad essere osservate anche in epoca successiva alla conclusione del contratto a cui accedono, senza che ciò comporti alcuna incidenza sul piano sostanziale.

Sotto il profilo delineato, ogni discriminazione tra gli atti aventi per oggetto fabbricati e gli atti aventi per oggetto terreni non è sorretta da una adeguata motivazione di stampo logico-giuridico ed è incoerente al perseguimento dell'intento legislativo di recuperare gli effetti dispositivi degli atti inficiati da sole irregolarità di carattere formale. Il che rende indispensabile l'intervento del giudice delle leggi per l'adeguamento del sistema normativo, stante l'impossibilità di interpretazioni estensive o analogiche della disciplina vigente in materia. Difatti, l'art. 1423 cod. civ. non consente la convalida del contratto nullo al di fuori delle ipotesi previste in via eccezionale. Pertanto, sussistendo i presupposti stabiliti dall'art. 23, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, il collegio dispone la sospensione del presente procedimento e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale per la decisione incidentale della questione pregiudiziale.

P. Q. M.

Pronunziando nel procedimento disciplinare promosso dal p.m. a carico del notaio Domenico Antonio Zotta da Potenza per le contravvenzioni contestate nel verbale di ispezione del 26 settembre 2002 con riguardo al biennio 2000-2001, così provvede:

1) solleva d'ufficio, ritenutane la rilevanza e la non manifesta infondatezza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, con riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede che gli atti tra vivi, sia in forma pubblica che in forma privata, aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni, ai quali non sia stato allegato un valido certificato di destinazione urbanistica, possano essere confermati mediante un atto redatto nella stessa forma del precedente, al quale sia allegato un certificato contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti le aree attinenti al giorno in cui è stato stipulato l'atto da confermare;

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 al p.m., al notaio 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 15 maggio 2003.

Il Presidente: CARISTO

Il giudice estensore: LO SARDO

03C0983

NN. 682 e 683

Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — emesse il 24 aprile 2003 dal Tribunale di Firenze nei procedimenti penali rispettivamente a carico di Uricko Lumir (r.o. 682/2003) e Pantea Ioan Vasile (r.o. 683/2003).

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 - Convalida - Rito direttissimo - Impossibilità per il giudice di emettere una pronuncia di merito - 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 - Restrizione della libertà personale - Violazione del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 13 e 14, modificati dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 3, 10, 24, 101 e 111.

IL GIUDICE

Vista la richiesta di convalida dell'arresto, operato nei confronti di Lumir Uricko, in atti generalizzato; considerato che il difensore ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della norma da applicare, richiamando le ordinanze di rimessione già emesse dal giudicante e da altri giudici monocratici di questo tribunale,

OSSERVA

In forza del combinato disposto degli artt. 558 c.p.p. e 14, comma 5-*quinquies*, 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 gravità ¹⁾; 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 gli artt. 2 Cost., 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 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»

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.

— 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 Cost., nonché dell'art. 24 Cost. 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, 6 Cost. —, 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 Cost., 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 Cost. 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 s'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, Cost.

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 presup-

3) Art. 13, comma 3-*quater*.

pone 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 Cost.

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

03C0984

NN. 684 e 685

Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — emesse il 23 maggio 2003 dal Tribunale di Roma nei procedimenti penali rispettivamente a carico di Quean Franka (R.O. 684/2003) e Cruz Edeyfer (R.O. 685/2003).

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 - Irragionevole disparità di trattamento nei confronti di una categoria di persone, peraltro socialmente sfavorite - 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.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza nella causa penale contro Quean Franka, sottoposta ad indagini per il reato di cui all'art. 14, comma 5-*quinquies*, decreto legislativo n. 286/1998, come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 e difeso di ufficio dall'avv. Manetti G.

Alle ore 13,10 del giorno 22 maggio 2003 è stata tratta in arresto nella flagranza del reato sopra indicato perché sorpresa nel territorio nazionale dopo la scadenza del termine di giorni 5 entro cui avrebbe dovuto lasciare l'Italia, in ottemperanza al provvedimento dal questore di Roma, emesso ai sensi dell'art. 14, comma 5-*bis* del decreto legislativo n. 286/1998.

La predetta è stata presentata in stato di arresto il giorno 23 maggio 2003 davanti a questo giudice, per la convalida ed il contestuale giudizio, a norma dell'art. 5-*quinquies* del citato art. 14.

Dopo la relazione orale dell'agente operante e l'interrogatorio della predetta, il pubblico ministero ha chiesto la convalida dell'arresto, senza richiedere l'applicazione di alcuna misura cautelare.

Questo giudice — che ha disposto l'immediata liberazione dell'arresto — pur ritenendo conforme alle norme vigenti l'operato della p.g., che ha adottato la misura restrittiva della libertà personale nella flagranza di un reato per il quale è attualmente previsto l'arresto obbligatorio ed ha inoltre presentato l'arresto, per la convalida, nei

termini di legge, dubita di poter convalidare l'arresto, ritenendo non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla difesa, con riferimento, in particolare, al disposto dell'art. 13, comma terzo e dell'art. 3 della Costituzione.

Si osserva che la rilevanza della questione non viene meno per il fatto che l'arresto è stato rimesso in libertà, atteso che comunque deve essere accertata la legittimità dell'arresto eseguito, che nella fattispecie verrebbe meno ove fosse dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione in base alla quale esso è stato operato (si richiama, in proposito, la sentenza della Corte costituzionale n. 54 del 16 febbraio 1993).

Nel merito si rileva che la norma di cui all'art. 13, Cost., dopo l'affermazione del principio della inviolabilità della libertà personale, oltre a stabilire, al secondo comma, una riserva di legge in materia, prevede, quale regola generale, che ogni provvedimento restrittivo della libertà della persona debba essere comunque adottato con «atto motivato dell'autorità giudiziaria».

Nel terzo comma essa contempla una deroga, limitata ai soli «casi eccezionali di necessità e di urgenza indicati tassativamente dalla legge», in presenza dei quali è possibile l'adozione di «provvedimenti provvisori» da parte dell'autorità di pubblica sicurezza.

In merito al significato del termine la Corte costituzionale ha ritenuto, nella sentenza n. 64 del 1977, che esso non è «legato alla rarità della fattispecie considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria», e che pertanto tale requisito «non può ritenersi contraddetto dalla frequenza e prevedibilità dei fatti di violazione» della norma incriminatrice, e così motivando ha già ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con due ordinanze di rinvio relative alla fattispecie di reato di cui all'art. 9 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, come modificato dall'art. 8 della legge 14 ottobre 1974, n. 497, norma che consente l'arresto dei contravvenitori agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale anche fuori dei casi di flagranza.

Se, alla luce della richiamata decisione, non si evidenziano dubbi di costituzionalità della norma di cui trattasi in relazione al requisito appena considerato, ad opposta conclusione deve pervenirsi con riferimento agli altri due requisiti richiesti, ossia quelli della necessità e dell'urgenza, che non appaiono ravvisabili nella fattispecie in esame.

La Corte ha ritenuto, nella sentenza n. 173 del 1971, che «gli estremi della necessità ed urgenza, affidati al prudente apprezzamento degli organi di polizia, nell'esercizio della loro funzione di pubblica sicurezza ... vanno visti sia in relazione alle esigenze dell'acquisizione e della conservazione delle prove, sia, soprattutto, alle qualità morali del soggetto attivo, cioè, più in generale agli elementi subiettivi indicati dall'art. 133 cod. pen.».

Nel sistema delineato dal nostro codice di rito la misura dell'arresto obbligatorio è prevista nei casi di flagranza di reati connotati da particolare gravità, ossia quelli per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti (art. 380 c.p.p., primo comma), e nei casi di flagranza di altri reati, specificamente indicati (art. 380, secondo comma), che sono stati individuati dal legislatore in base al criterio stabilito nella legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, che prevedeva la possibilità di contemplare l'arresto obbligatorio, oltre che nelle ipotesi suddette, anche in caso di flagranza di reati puniti meno gravemente, in relazione ai quali la misura fosse però imposta da «speciali esigenze di tutela della collettività». Va osservato che tale individuazione è avvenuta nel pieno rispetto della direttiva appena indicata, come facilmente riscontrabile esaminando i reati che sono stati inclusi nella previsione, comunque connotati da particolare gravità.

In tutti questi casi la necessità e l'urgenza sono insite nella stessa natura dei reati per i quali la misura in esame è stata prevista, reati che sono oggettivamente e concretamente suscettibili di compromettere le suddette esigenze di tutela.

Il reato di cui all'art. 14, comma 5-*quinquies* che ha natura contravvenzionale, consiste invece nella semplice inottemperanza da parte dello straniero irregolare all'ordine di espulsione emanato dal questore, in assenza di giustificato motivo. Questa violazione si pone, dunque, su di un piano del tutto diverso rispetto a quello dei reati appena considerati.

In particolare la condotta che lo integra non è suscettibile di destare, né oggettivamente né dal punto di vista della condizione soggettiva dell'agente, astrattamente considerata, particolare allarme sociale, tale cioè da giustificare, di per sé, l'adozione immediata di un provvedimento limitativo della libertà personale quale quello previsto dalla nuova normativa.

È importante sottolineare che nei confronti dello straniero tratto in arresto per non aver ottemperato all'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato non è consentita, per carenza dei presupposti di legge, l'applicazione di alcuna misura cautelare. La misura adottata dalla p.g. è quindi destinata ad esaurire i suoi effetti ancor prima dell'udienza di convalida. La norma dell'art. 121 delle disposizioni di attuazione del c.p.p. stabilisce infatti

che quando il p.m. ritenga di non dover chiedere l'applicazione di misure coercitive, deve disporre l'immediata liberazione dell'arrestato o del fermato; è ovvio che tale disposizione deve trovare a maggior ragione applicazione nell'ipotesi in cui il p.m. non possa richiedere dette misure, come nel caso di specie, a causa della pena edittale prevista.

Il provvedimento contemplato dalla norma di cui trattasi si discosta, dunque, da quella che è la finalità propria dell'arresto, che è generalmente misura di natura precautelare, ossia da adottarsi per ragioni di necessità ed urgenza in funzione della successiva applicazione, da parte dell'autorità giudiziaria, di misure privative o limitative della libertà personale.

La necessità e l'urgenza dell'arresto non appare individuabile neppure con riferimento alla finalità di rendere concretamente possibile l'instaurazione del giudizio direttissimo, atteso che, come appena visto, quest'ultimo dovrà necessariamente svolgersi nei confronti dell'imputato in stato di libertà. Peraltro nel nostro sistema processuale, come è noto, il rito direttissimo non è necessariamente collegato ad un arresto in flagranza, e ben può essere adottato nei confronti di un imputato libero (esso è previsto, ad esempio, nei confronti dell'imputato libero che abbia reso confessione, e quindi nell'ipotesi di evidenza della prova).

Tanto meno può profilarsi la necessità e l'urgenza dell'arresto in relazione al fine, estraneo, peraltro, alle finalità proprie dell'istituto, di rendere possibile l'espulsione prevista per l'ipotesi che lo straniero si trattenga senza giustificato motivo nel territorio dello Stato.

Il comma 5-ter dell'art. 14 prevede infatti che in tale caso l'espulsione avviene sempre mediante accompagnamento alla frontiera, e dunque, in base a tale disposizione, è in ogni caso garantita l'effettività dell'espulsione, e non si vede come quest'ultima possa essere agevolata dall'arresto.

L'inutilità dell'arresto al suddetto fine, attesa la breve durata dei suoi effetti, traspare poi con maggiore evidenza nell'ipotesi in cui non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione, ipotesi nella quale il questore, in base al comma 5-quinquies dell'art. 14, può disporre che lo straniero sia trattenuto in un centro di permanenza temporanea, per la durata di trenta giorni, prorogabili per altri trenta.

Da ultimo va sottolineato come sia del tutto da escludersi che il provvedimento coercitivo in questione possa presentarsi come necessario ed urgente in relazione allo scopo dell'acquisizione o conservazione della prova del reato, finalità che non vi è alcun pericolo che possa essere compromessa ove l'autore del reato rimanga libero.

La restrizione della libertà personale dello straniero prevista dalla norma in esame dunque priva di qualsivoglia concreta utilità, e appare, in definitiva, fine a sé stessa quindi del tutto irragionevole.

A questo riguardo va richiamata la decisione della Corte costituzionale n. 244 del 1974 nella quale la stessa 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 ...»; ha poi aggiunto che 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» per l'appunto «manifestamente irragionevoli».

La ritenuta non ragionevolezza della previsione dell'obbligatorietà dell'arresto, nella fattispecie considerata, consente di ritenere manifestamente discriminatoria la stessa, nei confronti di una categoria di persone peraltro socialmente sfavorite, e dunque di dubitare della conformità della stessa al dettato dell'art. 3 della Costituzione.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 64 del 1977, relativa ad una questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 9 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 — nella parte in cui consente che l'autorità di p.s. possa procedere all'arresto dei contravventori agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale anche fuori dei casi di flagranza — e sollevata in riferimento all'art. 13, comma terzo della Costituzione, ha dichiarato la stessa manifestamente infondata, avendo ritenuto «sufficiente, perché i detti estremi siano realizzati, che la situazione contemplata dalla legge sia tale da prospettare come possibile la necessità del provvedimento ... salvo poi rimanendo all'autorità di pubblica sicurezza di verificare la ricorrenza in concreto della necessità ed urgenza dell'intervento, in base alla valutazione degli elementi indicati nella sentenza n. 173 del 1971».

La norma è stata quindi ritenuta conforme al dettato costituzionale in quanto prevede l'arresto come misura non obbligatoria ma facoltativa ed ancorata alla sussistenza in concreto della necessità ed urgenza del provvedimento.

Tale decisione fa comprendere, con riferimento alla fattispecie di reato di cui trattasi, come sarebbe stata ragionevole, tutt'al più, la previsione dell'arresto facoltativo, ossia di una misura lasciata al potere discrezionale

dell'autorità di pubblica sicurezza, da esercitarsi in presenza di determinate situazioni soggettive, che rendessero urgente e necessario l'intervento di p.s., salvo ovviamente il controllo circa la effettiva ricorrenza di tali estremi da parte dell'autorità giudiziaria.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost., 23 e segg. legge 11 marzo 1953, n. 87.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinquies del d.lgs. n. 286/1998, nel testo come modificato dalla legge 26 agosto 2002 n. 189, nella parte in cui dispone che per il reato previsto dall'art. 14, comma 5-ter, stesso decreto, sia obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto, per violazione degli artt. 13, comma terzo e 3 della Costituzione come sopra motivato.

Dispone la immediata trasmissione dei relativi atti alla Corte costituzionale e sospende il presente procedimento sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Dispone che la presente ordinanza sia notificata, a cura della cancelleria, al Presidente del Consiglio dei ministri nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Roma il 23 maggio 2003.

Il giudice: COSTANTINI

03C0985

NN. da 686 a 691

Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — emesse il 19, 22 e 24 maggio 2003 dal Tribunale di Roma nei procedimenti penali rispettivamente a carico di: Ben Nasir Lassad (R.O. 686/2003); Domitrie Angel ed altro (R.O. 687/2003); Havrylyuk Valeriy (R.O. 688/2003); Titoiu Cristian ed altro (R.O. 689/2003); Rostas Vasile (R.O. 690/2003); Gricesen Natascia (R.O. 691/2003).

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 - Violazione del principio di ragionevolezza - Parità di trattamento rispetto ad ipotesi di reato più grave - Deteriore trattamento rispetto ad analogo reato - Ingiustificata compressione della libertà personale.

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

IL TRIBUNALE

RITENUTO IN FATTO

In data 17 maggio 2003, Ben Nasir Lassad veniva tratto in arresto in ordine al reato di cui 14, comma 5-ter del decreto legislativo n. 286 del 1998, come inserito dall'art. 13 della legge n. 189 del 2002.

Condotto all'odierna udienza per la convalida ed il contestuale giudizio direttissimo, udita la relazione dell'agente operante e sentito l'arrestato, il pubblico ministero richiedeva la convalida dell'arresto.

Il difensore dell'arrestato si rimetteva al giudice.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. — Ritiene il tribunale che vada sollevata questione di legittimità costituzionale del comma 5-*quinqies* dell'art. 14 del decreto legislativo n. 286 del 1998, come inserito dall'art. 13 della legge n. 189 del 2002, nella parte in cui prevede che per il reato previsto dal precedente comma 5-*ter* è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto e si procede con rito direttissimo, dubitando della conformità di tale disciplina rispetto agli artt. 13 e 3 Cost.

2. — Preliminarmente, osserva il tribunale come la questione sia rilevante nel presente giudizio, ancorchè, per le ragioni che si esporranno tra breve, l'imputato sia stato rimesso in libertà.

Invero, la remissione in libertà dell'arrestato, prima del giudizio sulla convalida (che a sua volta presuppone lo scioglimento della questione relativa alla conformità costituzionale o meno della disciplina dettata dal legislatore con riferimento all'arresto obbligatorio per tale reato), è stata determinata dalla circostanza che — non avendo chiesto il pubblico ministero alcuna misura cautelare personale nei confronti dell'arrestato, peraltro comunque non applicabile in ragione del titolo di reato — l'eventuale convalida dell'arresto avrebbe prodotto esclusivamente l'effetto di accertare la legittimità dell'operato della polizia giudiziaria che all'arresto aveva proceduto, non potendo comunque la mera convalida costituire valido titolo per la protrazione della limitazione della libertà personale dell'imputato.

D'altro canto, codesta Corte costituzionale ha già ritenuto che laddove il giudice *a quo* sollevi questione di legittimità costituzionale in relazione alla disciplina dettata per la convalida dell'arresto, avendo rimesso in libertà l'arrestato (nella specie in quanto non potevano essere rispettati più termini di cui all'art. 391, comma 7, ultima parte c.p.p.), la persistenza della rilevanza della questione trova ragione nell'interesse generale ad una pronuncia sulla legittimità dell'arresto, che ha pur sempre determinato una limitazione della libertà personale, trattandosi di stabilire le ragioni in base alla quale è comunque avvenuta la liberazione (con effetto *ex nunc* se l'arresto era stato legittimamente eseguito, con efficacia *ex tunc* se, alla luce della pronuncia della Corte, dovesse ravvisarsi l'illegittimità dell'arresto stesso: sent. 16 febbraio 1993, n. 54).

Nel presente giudizio, deve appunto verificarsi se il periodo di privazione della libertà personale del prevenuto, arrestato, sulla base della disposizione di cui si dubita la conformità a Costituzione, il giorno 17 maggio 2003 alle ore 19, e rimesso in libertà all'odierna udienza, sia stato sorretto o meno da un legittimo *titulus detentionis*.

Da ciò deriva che la questione è ancora rilevante.

3. — Per quanto attiene alla non manifesta infondatezza della questione, nei termini che si andranno ora a precisare, va rilevato anzitutto che, secondo la disciplina dettata dal legislatore ordinario, l'arresto dell'autore del reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter* decreto legislativo n. 286 del 1998, è obbligatorio, non consentendo dunque né alla polizia giudiziaria né, successivamente, al pubblico ministero che ne disponga la presentazione per la convalida, e quindi al giudice che debba decidere sulla convalida, alcuna valutazione di merito (a prescindere dalla sussistenza del *fumus commissi delicti* e del rispetto dei termini dettati dalla legge). In particolare (trattandosi di arresto obbligatorio) non è allo stato consentita ai fini del giudizio di convalida alcuna valutazione in ordine alla concreta gravità del fatto e alla personalità del suo autore, sia pur in relazione agli elementi fattuali conosciuti dagli operanti al momento in cui l'arresto hanno eseguito (a differenza dei casi di arresto facoltativo: v. Cass., Sez. IV, 29 settembre 2000, Mateas Ion, CED Cass., n. 218474).

Ebbene, sotto un primo profilo, l'automatismo tra commissione del reato in questione ed obbligo di arresto appare a questo giudice di dubbia compatibilità con la disciplina che la Carta fondamentale prevede all'art. 13 per la tutela della libertà individuale.

4. — Il reato di cui al comma 5-*ter* del decreto legislativo n. 286 del 1998 sanziona la condotta dello straniero che, in violazione dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni impartito dal questore ai sensi del comma 5-*bis* (ossia quando non sia possibile né l'immediata espulsione, né il trattenimento presso un centro di permanenza temporanea, ovvero siano trascorsi i termini di permanenza), vi si trattiene senza giustificato motivo nel territorio dello Stato.

La pena prevista per tale reato è quella dell'arresto da sei mesi ad un anno, e dunque trattasi di contravvenzione.

Conseguenza della configurazione del reato in oggetto quale contravvenzione è (oltre alla sua punibilità anche a titolo di colpa) che all'esito del giudizio di convalida non è in alcun caso possibile l'applicazione di alcuna misura cautelare personale. Infatti, secondo la disciplina dettata nel codice di procedura penale (e non derogata nel decreto legislativo n. 286 del 1998, neppure dopo le modifiche apportate dalla legge n. 189 del 2002) nel caso

in cui sia consentito l'arresto per delitto è possibile l'applicazione di misure cautelari coercitive, anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli artt. 280 e 274 lett. c) c.p.p. (art. 391 comma 5 c.p.p.). Nel caso di specie, invece, trattandosi di contravvenzione, non può operare la clausola derogatoria suindicata, espressamente riferita solo ai delitti.

In sintesi, la misura precautelare adottata dalla polizia giudiziaria (in via obbligatoria) non può mai essere seguita, neppure nei casi in cui si dovessero ravvisare particolari esigenze cautelari (ed in specie il pericolo di reiterazione della condotta), dall'applicazione di una misura coercitiva in esito al giudizio di convalida dell'arresto.

5. — L'art. 13 della Costituzione, dopo avere dichiarato l'inviolabilità della libertà personale, prevede che le forme di compressione della libertà personale possono essere adottate solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di effetto.

A parere di questo giudice la disciplina costituzionale sembra configurare un sistema in cui il potere, di natura eccezionale, della polizia di procedere all'arresto di persona indiziata di reato opera nelle situazioni in cui non è possibile l'intervento dell'autorità giudiziaria (l'unica ordinariamente competente a disporre la privazione della libertà personale). Se così è, un primo motivo di dubbio in ordine alla legittimità della disciplina in oggetto, consiste nel fatto che solo la polizia giudiziaria può per tale reato disporre l'arresto, senza che a ciò possa mai seguire (se non nei termini di mera convalida dell'arresto eseguito) l'atto motivato dell'autorità giudiziaria che valga, sussistendone i presupposti, a protrarre lo stato di detenzione del soggetto arrestato in via d'urgenza dalla polizia.

In tal modo, appare spezzato il nesso di strumentalità e provvisorietà che lega potere eccezionale e interinale di intervento della polizia ed esercizio del potere giurisdizionale di limitazione della libertà personale.

D'altro canto, anche codesta Corte, nell'affrontare la questione relativa alla mancata previsione della ripartizione per ingiusta detenzione in caso di arresto o fermo non seguito da misura cautelare coercitiva (sent. 2 aprile 1999, n. 109), ha rilevato che la provvisorietà, che contraddistingue i poteri di intervento della polizia giudiziaria sulla libertà personale (che vale ad attribuire all'arresto ed al fermo la denominazione di «precautele») non elimina la natura «custodiale» delle misure indicate.

Ulteriore argomento a sostegno di tale natura sostanzialmente «custodiale» della detenzione conseguente all'arresto e precedente alla convalida sembra possa ricavarsi anche dal disposto dell'art. 131 disp. att. c.p.p.

Infatti il potere-dovere del pubblico ministero di disporre l'immediata liberazione dell'arrestato senza attendere il giudizio di convalida nel caso in cui ritenga di non dovere chiedere al giudice l'applicazione di misure coercitive ha l'evidente fine di evitare al soggetto una limitazione della libertà personale (sia pur temporalmente delimitata e soggetta a convalida) nei casi in cui non vi sarà, per difetto di domanda cautelare, la possibilità di applicazione di misure coercitive, unico titolo idoneo a protrarre la limitazione della libertà personale.

Ciò, a parere di questo giudice, depone per la natura chiaramente strumentale ed anticipatoria del potere di arresto attribuito alla polizia rispetto alla tutela di esigenze cautelari all'interno del processo penale.

Nel caso di specie, invece, risulterebbe attribuito esclusivamente alla polizia un potere di arrestare (obbligatoriamente), senza che tale arresto sia funzionalmente collegato ad alcuna esigenza cautelare processuale ritenuta rilevante (appunto non essendo possibile al giudice applicare alcuna misura cautelare coercitiva).

D'altronde, appare anche arduo rinvenire alte esigenze (di natura extraprocessuale) a sostegno di tale potere di arresto (che comunque si fonda sul presupposto della commissione di un illecito penale ed è inserito all'interno di un procedimento penale).

Invero, trattandosi di reato avente natura permanente non appare sostenibile che l'arresto ne interrompa la consumazione, che si protrae finché lo straniero non si allontani (spontaneamente o coattivamente) dal territorio dello Stato.

Né può dirsi che l'arresto sia funzionale all'effettiva esecuzione dell'espulsione. Infatti, in primo luogo ai sensi del comma 5-ter l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica prescinde dall'arresto e dal relativo giudizio di convalida. Per altro verso, a norma del comma 5-quinquies, in caso di arresto il questore può disporre i provvedimenti di cui al comma 1 dello stesso art. 14 (ossia il trattenimento presso i centri di permanenza temporanea); facoltà questa attribuita sin *ab origine* all'autorità amministrativa e la cui impossibilità di attuazione aveva determinato l'intimazione ad allontanarsi.

Sempre con riferimento alla disciplina delineata dal legislatore, va rilevato che anche la previsione che in relazione all'arresto in oggetto si procede con rito direttissimo, solleva perplessità.

Non, ovviamente, in ordine alla previsione in sé, chiaramente rientrante nelle scelte del legislatore, ma in riferimento all'effettiva praticabilità di tale rito.

Infatti, a norma dell'art. 121 disp.att. c.p.p., il pubblico ministero deve disporre la liberazione dell'arrestato (prima della convalida) quando «ritiene di non dover richiedere l'applicazione di misure coercitive». Ebbene nel caso di specie, l'applicazione di tale norma imporrebbe — trattandosi di reato che non consente in linea generale l'applicazione di nessuna misura coercitiva — sempre al pubblico ministero di disporre l'immediata liberazione dell'arrestato, senza attendere il giudizio di convalida.

In tal caso (che come detto dovrebbe essere la regola) il giudizio direttissimo — almeno nella sua forma tipica, ossia con la presentazione dell'imputato *in vinculis* per la convalida ed il contestuale giudizio — non sarebbe mai possibile. Il pubblico ministero dovrebbe infatti chiedere al giudice per le indagini preliminari la convalida con l'imputato ormai libero (convalida pur sempre doverosa, ma non più soggetta ai termini di cui all'art. 391 c.p.p.: per tutte, si veda Cass., sez. V, 22 maggio 1998, Azemi, CED Cass., n. 213973) e successivamente disporre la citazione dello stesso dinanzi al tribunale monocratico a norma degli artt. 558 e 449 comma 4. Ciò, peraltro, solo nel caso in cui la convalida intervenga a brevissima distanza di tempo dall'arresto, in quanto tale forma di giudizio direttissimo è possibile solo se la presentazione dell'imputato (*in vinculis* o mediante citazione) avviene entro quindici giorni dall'arresto.

Potrebbe però ritenersi, in considerazione della disciplina complessiva delineata e delle irrazionalità sopra evidenziate, che il legislatore abbia inteso derogare la disciplina dell'art. 121 disp.att. c.p.p., imponendo al comma 5-*quinquies* in oggetto comunque la presentazione dell'imputato in stato di arresto per la convalida ed il giudizio direttissimo.

Tale conclusione, cui sembra anche il pubblico ministero abbia aderito (non avendo infatti disposto l'immediata liberazione dell'arrestato, pur non richiedendo alcuna misura cautelare, con la specificazione che le stesse non sono in assoluto applicabili), solleverebbe ulteriori seri profili di illegittimità costituzionale avendo, secondo tale tesi, il legislatore dettato — solo per questo reato, per di più avente natura contravvenzionale — una deroga all'operatività di norma chiaramente ispirata al *favor libertatis* (e che è applicabile in generale a tutti i delitti, anche assai gravi).

Peraltro tale questione non appare nella specie rilevante, non potendo il giudice della convalida sindacare il mancato esercizio da parte del pubblico ministero della facoltà di ordinare la liberazione immediata dell'arrestato ex art. 121 disp. att.

6. — La questione appare non manifestamente infondata anche in riferimento all'art. 3 Cost.

Infatti, appare al tribunale di dubbia conformità al principio di ragionevolezza che il legislatore abbia, da un lato, configurato l'illecito in questione come mera contravvenzione (come tale non suscettibile di supportare l'applicazione di misure cautelari coercitive), e poi abbia imposto all'autorità di polizia l'arresto obbligatorio dell'autore dello stesso, consentendo dunque una privazione della libertà personale (sia pur in forma precautelare per una durata massima di 96 ore).

Se infatti la scelta relativa alla qualificazione di una fattispecie quale delitto o contravvenzione, nonché la determinazione della pena appartiene (fatti salvi i casi di manifesta incongruità per eccesso) alla sfera di insindacabile scelta del legislatore, sembra che nella delineata disciplina si rinvenzano profili di incongruenza difficilmente giustificabili.

Invero, la natura di arresto obbligatorio impone alla polizia di procedere comunque all'arresto, indipendentemente dalla concreta gravità del fatto (si pensi ad un ritardo di un solo giorno nell'allontanarsi dal territorio nazionale, ovvero alla difficoltà nel procurarsi i necessari documenti od il titolo di viaggio; questioni che non appaiono rilevanti in sede di convalida di arresto obbligatorio) o alla pericolosità sociale dell'autore (ben diversa apparendo, ad esempio, la pericolosità sociale di soggetto del tutto incensurato, od invece gravato da precedenti penali e che abbia fornito differenti generalità all'atto dei controlli di polizia).

7. — Una previsione di arresto obbligatorio, se non sembra censurabile quando sia dettata in relazione a reati oggettivamente gravi (connotati come delitti), appare al contrario non conforme a principi di ragionevolezza se collegata alla commissione di reati (che lo stesso legislatore ritiene obiettivamente) non gravi.

In tal caso, infatti, si impone una limitazione della libertà personale (che può protrarsi sino a 96 ore) senza alcuna valutazione (né da parte della polizia che ha l'obbligo di procedere all'arresto, né da parte del giudice in sede di convalida) in ordine alla concreta gravità del fatto-reato.

Ritiene questo giudice che elementi a sostegno della non manifesta infondatezza della questione sollevata si rinvenivano anche in alcune, sia pur risalenti, pronunce di codesta Corte.

Nella sentenza n. 211 del 1975, pur rigettando la questione di legittimità sollevata in riferimento alla previsione dell'arresto di cui all'art. 220 TULPS — in particolare per i contravventori al foglio di via obbligatorio — si è infatti chiarito che, pur essendo legittima una deroga rispetto ai criteri generali dell'entità obiettiva del reato e della pena edittale, l'arresto eseguito dalla polizia per tale fattispecie (contravvenzione punita con l'arresto da tre mesi ad un anno) non poteva sottrarsi alla garanzia del «controllo di legittimità e di merito da parte dell'autorità giudiziaria, di cui all'ultima parte del terzo comma dell'art. 13 Cost. e dell'art. 236 del codice di procedura penale» (disposizione quest'ultima che prevedeva appunto l'arresto facoltativo in flagranza).

Ugualmente, nella sentenza n. 64 del 1977, e relativa ad una questione di legittimità sollevata in riferimento alla previsione dell'art. 9 della legge n. 1423 del 1956 (che consentiva l'arresto dei contravventori agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale: contravvenzione punita all'epoca con l'arresto da tre mesi ad un anno), la Corte ha rilevato che resta salvo comunque il potere-dovere dell'autorità giudiziaria di controllare e motivare la sussistenza in concreto dei requisiti legittimanti l'intervento, di necessità ed urgenza, della polizia.

Da tali sentenze sembrerebbe doversi trarre il principio che, in relazione a fattispecie contravvenzionali punite con modeste pene detentive, l'arresto ad opera della polizia (e dunque non fondato su atto motivato dell'autorità giudiziario, ad es. in esecuzione di sentenza irrevocabile di condanna, ma ispirato alla salvaguardia di eccezionali ragioni di necessità ed urgenza) sia legittimo alla condizione che possa essere valutata nel concreto la gravità del fatto, in relazione sia alla condotta dell'autore che alla sua personalità.

In caso contrario, la limitazione della libertà personale (nella fase precautelare) risulterebbe imposta dalla legge su di una presunzione assoluta di pericolosità sociale dell'imputato, che appare in contrasto con la modesta gravità del reato (così come determinata dal legislatore).

D'altronde, se non ci si sbaglia, l'ordinamento, pur conoscendo altre ipotesi di contravvenzioni per la quali è previsto l'arresto, contempla per tali casi solo la facoltà per la polizia giudiziaria di trarre in arresto l'autore di reati contravvenzionali (v. l'art. 6, comma 2, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modificazioni, nella legge del 25 giugno 1993, n. 205), dunque non configurando ipotesi di arresto obbligatorio.

L'eccezione, prevista solo per il reato contestato all'imputato, appare pertanto dubbiamente compatibile con il principio di cui all'art. 3 Cost.

D'altronde, un'altra ragione di perplessità, sempre con riferimento all'art. 3 della Carta fondamentale, può ricavarsi dalla considerazione che nel comma 5-*quiquies* dell'art. 14 d.lgs. n. 286 del 1998, l'obbligo di procedere all'arresto è previsto sia per il reato di cui al comma 5-*ter*, chi per quello di cui al successivo comma 5-*quater* (che consiste nel fatto dello straniero che espulso ai sensi del comma 5-*ter* dallo Stato vi rientri), che ha natura delittuosa ed è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Ebbene, dubbiamente compatibile con il principio di uguaglianza appare prevedere l'obbligo di arresto per fattispecie così diverse tra loro, in relazione alla natura del reato, alla pena edittale e alla possibilità di applicare misure coercitive (consentita per il delitto ed esclusa per la contravvenzione).

Per converso, la dubbia conformità al principio di uguaglianza della norma in oggetto si apprezza considerando che, in riferimento al reato di cui all'art. 13, comma 13 del decreto legislativo n. 286 del 1998 (come modificato dalla medesima legge n. 189 del 2002) che punisce, con l'identica pena dell'arresto da sei mesi ad un anno, lo straniero espulso che rientri nel territorio dello Stato senza una specifica autorizzazione del Ministro dell'interno (condotta che non appare meno grave di quella oggetto del reato di cui al comma 5-*ter* dell'art. 14), è previsto l'arresto facoltativo (art. 13, comma 13-*ter*, decreto legislativo n. 386 del 1998).

Naturalmente, tali ragioni di dubbio rispetto alla costituzionalità della norma verrebbero meno laddove in riferimento alla contravvenzione di cui al comma 5-*ter* l'arresto fosse facoltativo.

La facoltatività dell'arresto — oltre ad eliminare profili di irragionevoli disparità di trattamento rispetto alle altre ipotesi di reato descritte — tutelerebbe infatti il diritto dell'imputato a vedersi limitato nella libertà personale solo laddove sussistano concrete ragioni (da porre a fondamento dell'arresto e verificabili da parte del giudice) che giustificano, nel caso concreto, l'adozione della misura precautelare riferita ad ipotesi avente natura contravvenzionale.

In tal modo, non si riscontrerebbe alcuna violazione dell'art. 3 Cost., apparendo, sotto questo profilo, a questo giudice il dubbio di legittimità integrato non dalla previsione di una facoltà della polizia giudiziaria di procedere all'arresto (cioè rientrante nelle scelte discrezionali del legislatore), ma solo nell'automatismo commissione del reato (avente natura contravvenzionale) — obbligo di procedere all'arresto.

8. — Sciogliere il dubbio se tali profili non integrino alcun vizio costituzionalmente rilevante (la disciplina positiva dettata rientrando comunque nella discrezionalità del legislatore) ovvero, come sospetta questo tribunale, si risolvano in una violazione delle norme della Carta fondamentale suindicate, è competenza costituzionalmente riservata a codesta Corte, alla quale dunque va rimessa la questione, che per quanto innanzi esposto appare rilevante e non manifestamente infondata.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost., 23 ss. legge 11 marzo 1953, n. 87,

Dichiara la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5-quinquies decreto legislativo n. 286 del 1998, come inserito dall'art. 13 legge n. 189 del 2002, nella parte in cui prevede l'arresto obbligatorio in relazione al reato di cui all'art. 14 comma 5-ter decreto legislativo citato, in riferimento agli artt. 13 e 3 Cost.;

Dispone la trasmissione degli atti del procedimento alla Corte costituzionale;

Ordina l'immediata liberazione di Ben Nasir Lassad, se non detenuto per altra causa;

Sospende il presente giudizio;

Manda alla cancelleria per l'immediata notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e per la sua comunicazione al Presidente del Senato della Repubblica ed al Presidente della Camera dei deputati.

Così deciso in Roma, all'udienza in camera di consiglio del 19 maggio 2003.

Il giudice: GALLUCCI

03C0986

NN. 692 e 693

Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — emesse il 23 novembre e il 3 dicembre 2002 (pervenute alla Corte costituzionale il 21 agosto 2003) dal Tribunale di Modena nei procedimenti penali rispettivamente a carico di Prokopenko Ruslan (R.O. 692/2003); Madhioub Faker Ben Mohamed (R.O. 693/2003).

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 - Irragionevole disparità di trattamento rispetto all'analogo reato di rientro nel territorio dello Stato a seguito di espulsione amministrativa, per il quale è previsto l'arresto facoltativo in flagranza.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quinquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, in relazione all'art. 13, comma 13-*ter*, del medesimo decreto.
- Costituzione, art. 3.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza.

Rilevato in fatto

Prokopenko Ruslan, in data 23 novembre 2002 alle ore 9,45 veniva tratto in arresto dal personale della Polizia Ferroviaria di Modena per il reato previsto e punito dall'art. 14 comma 5-*ter*, decreto legislativo n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/2002. All'udienza fissata per la convalida in data 23 novembre 2002 alle ore 12 avanti al tribunale di Modena il pubblico ministero prima della convalida, sollevava questione di legittimità costituzionale degli artt. 14 comma 5-*ter* e 14 comma 5-*quinquies* del decreto legislativo n. 286/1998 per violazione degli artt. 3 e 13 della Costituzione. Il difensore si associava quindi alla questione di legittimità sollevata.

Ritenuto in diritto

L'art. 14 del decreto legislativo n. 286/1998 come modificato dall'art. 13 della legge 30 luglio 2002 n. 189 prevede che lo straniero (attinto da un decreto di espulsione del prefetto o di respingimento del questore), su provvedimento del questore soggetto a convalida giurisdizionale entro 48 dall'adozione, sia trattenuto presso il centro di permanenza temporanea ed assistenza più vicino per un tempo di trenta giorni, prorogabili dal giudice di ulteriori trenta giorni su richiesta dello stesso questore, qualora non sia possibile eseguirne con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero respingimento perché occorre procedere al suo soccorso, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità del vettore o altro mezzo di trasporto idoneo (commi 1, 2, 3, 4 e 5). Quando non risulta possibile trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, ovvero quando sono decorsi i termini di permanenza senza che siano stati eseguiti l'espulsione od il respingimento, il questore ordina per iscritto allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di giorni cinque indicando le conseguenze penali conseguenti alla trasgressione dell'ordine (comma 5-bis).

Lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartita dal questore è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno (comma 5-ter) e per tale condotta è previsto l'arresto obbligatorio (comma 5-quinquies).

Ciò premesso la questione sollevata appare non manifestamente infondata con riferimento ad uno dei profili addotti dal denunciante.

Risulta invero, a parere di questo giudice, non manifestamente infondato il rilievo della violazione, da parte dell'art. 14 comma 5-quinquies del decreto legislativo citato, dell'art. 3 costituzione sotto il profilo della disparità di trattamento di situazioni analoghe. Tale violazione si apprezza dalla comparazione tra quanto previsto e come sopra ricostruito per il trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato dopo la notifica dell'ordine del questore di lasciare il territorio entro cinque giorni e quanto viceversa previsto per la fattispecie disciplinata dall'art. 13 comma 13 e 13-ter decreto legislativo n. 286/1998 modificato dalla legge n. 189/2002 per quanto concerne il rientro nel territorio dello Stato dello straniero a seguito di espulsione amministrativa. Tale ultima fattispecie prevede che lo straniero espulso a seguito di provvedimento amministrativo non possa rientrare nello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno e sanziona la trasgressione dal relativo precetto con la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno consentendo, nella concorrenza di tale violazione, l'arresto in flagranza dell'autore del fatto.

Emerge evidente che fra le due fattispecie poste in comparazione, che attengono sostanzialmente alla presenza nel territorio dello stato di uno straniero attinto da un provvedimento di espulsione amministrativa e che risultano sanzionate con la medesima pena (arresto da sei mesi ad un anno), l'una (art. 13 comma 13-ter) prevede una ipotesi di arresto facoltativo in flagranza, l'altra (art. 14 comma 5-quinquies) prevede viceversa l'arresto obbligatorio.

Tale difforme disciplina non appare giustificata dalla natura del bene protetto dalle due fattispecie, individuabile per entrambe nella tutela del territorio dello Stato dalla presenza di soggetti non aventi titolo alla permanenza e già attinti da provvedimenti amministrativi, ovvero dalle caratteristiche della condotta costituiva dell'illecito, che in maniera identica appare riconducibile alla violazione dell'ordine amministrativo di lasciare il territorio, e neppure dalla maggiore potenzialità lesiva di una condotta rispetto all'altra atteso che viceversa il fatto di trattenersi nel territorio risulta, sotto il profilo della determinazione a delinquere, meno grave del rientro nel territorio dello stato italiano a seguito di eseguita espulsione, attività che presuppone la predisposizione e la pianificazione del viaggio e dell'accesso nel territorio. La difformità non può infine essere ascritta alla diversità tra i destinatari del precetto penale essendo in entrambe le fattispecie gli stessi identificabili negli stranieri attinti da un ordine di espulsione amministrativo.

La violazione dell'art. 3 Cost. deve dirsi inoltre sussistente anche laddove, come nel caso di specie, la norma di legge denunciata come incostituzionale sia riferibile ad uno straniero atteso che, pur facendo riferimento al testo letterale del citato art. 3 ai «cittadini», secondo quanto più volte evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, l'eguaglianza davanti alla legge è garantita anche agli stranieri laddove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili della persona (sent. 104/69 e 120/67).

Si ritiene viceversa la manifesta infondatezza della eccezione di incostituzionalità sotto il diverso profilo della irrazionalità per la impossibilità, ricorrente nel caso di specie, di applicazione di misure cautelari a seguito della convalida con riferimento ad un titolo di reato per il quale è previsto l'arresto, attesa l'autonomia concettuale e funzionale tra convalida dell'arresto e applicazione delle misure cautelari nonché le diverse finalità rispettivamente perseguite dai due istituti (cfr. Corte cost. ord. 23 aprile 1998 n. 148, Corte cost. sent. 22 gennaio 1992

n. 4), oltre che la discrezionalità del legislatore nella individuazione delle fattispecie per le quali l'arresto possa essere irrogato nei limiti delle garanzie di cui all'art. 13 Cost. (cfr. Corte cost. sent. 7 giugno 1996 n. 188, Corte cost. sent. 8 giugno 2001 n. 187).

L'eccezione di legittimità costituzionale, nella parte ritenuta non manifestamente infondata, deve dirsi inoltre rilevante ai fini del decidere in quanto sollevata prima della emissione del provvedimento di convalida dell'arresto ed avente incidenza sulla norma di legge posta a fondamento della misura dell'arresto come eseguito da parte della polizia giudiziaria.

La valutazione da parte di questo giudice in ordine alla legittimità dell'arresto deve quindi necessariamente implicare la valutazione e l'applicazione della norma di legge di cui si denuncia la incostituzionalità.

La questione assume inoltre rilevanza in concreto nella fattispecie oggetto del giudizio di convalida sottoposto a questo giudice atteso che, in ragione dello stato di incensuratezza dell'arrestato e dell'assenza di ulteriori elementi idonei a far emergere, nel giudizio sulla personalità, una pericolosità giuridicamente apprezzabile in capo ad esso oltre che della assenza di gravità del fatto, la valutazione di cui all'art. 381, quarto comma c.p.p., dovrebbe comportare la mancata convalida dell'arresto così come eseguito.

Il presente giudizio di convalida va pertanto sospeso con conseguente invio degli atti alla Corte costituzionale.

P. Q. M.

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

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinquies del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, in relazione all'art. 13, comma 13-ter, del medesimo decreto legislativo, in riferimento all'art. 3 della Costituzione;

Sospende il giudizio di convalida in corso;

Dispone la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Manda la cancelleria per la notifica della presente ordinanza all'imputato, al difensore, al pubblico ministero, nonché al Presidente del Consiglio dei ministri;

Dispone la comunicazione della ordinanza a cura della cancelleria ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Modena, addì 23 novembre 2002

Il giudice: VACCARI

03C0987

N. 694

*Ordinanza del 10 gennaio 2003 (pervenuta alla Corte costituzionale il 21 agosto 2003)
emessa dal Tribunale di Modena nel procedimento penale a carico di Margarina Joana*

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 - Violazione del principio di ragionevolezza.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-quinquies, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, in relazione all'art. 13, comma 13-ter, del medesimo decreto.
- Costituzione, art. 3.

IL TRIBUNALE

Esaminati gli atti del procedimento nei confronti di Margarina Joana, nata a Caracal (Romania) il 26 maggio 1984, *alias* Gruia Ana Maria, nata a Craiova il 26 maggio 1984, *alias* Gruia Ana Maria, nata a Craiova il 26 maggio 1983, *alias* Di Nuti Flavia Georgiana, nata a Craiova il 26 maggio 1984, arrestata dai CC di Modena il 9 gennaio 2003 alle ore 18,30, per il reato di cui all'art. 14 comma 5-ter d.lgs. n. 286/98, modificato dalla legge n. 189/2002;

Ritenuto che si profili una questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5-*quinquies* d.lgs. 286/1998 modificato dalla legge n. 189/02, in relazione all'art. 3 della Costituzione,

O S S E R V A

Il regime introdotto dal d.lgs. n. 286/1998 modificato dalla legge n. 189/02 prevede l'espulsione dello straniero che sia entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera (art. 13 comma 2 lett. a). L'espulsione è disposta dal prefetto (art. 13 comma 2) ed è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13 comma 4). Fanno eccezione i casi di cui al comma 5 concernenti lo straniero il cui permesso di soggiorno sia scaduto di validità da più di sessanta giorni senza che ne sia stato chiesto il rinnovo.

La regola fissata dal comma 4 dell'art. 13 può essere derogata «quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ... perché occorre procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità del vettore o altro mezzo di trasporto idoneo» (art. 14 comma 1). In tal caso, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza temporanea e assistenza più vicino ...» (art. 14 comma 1).

È contemplato un rimedio estremo per l'eventualità che non sia possibile eseguire l'espulsione immediata con accompagnamento alla frontiera e non si riesca neanche a trattenere, o a trattenere ulteriormente, lo straniero presso un centro di permanenza temporanea. Qualora questa duplice impossibilità si verifichi, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni (art. 14 comma 5-*bis*).

L'apparato sanzionatorio predisposto dal testo normativo tiene conto delle differenti modalità esecutive dell'espulsione. La disobbedienza, quando si realizzi la prima volta, integra un illecito contravvenzionale. Le condotte incriminate sono il rientro nel territorio dello Stato dopo l'accompagnamento alla frontiera e senza la speciale autorizzazione del ministro dell'interno (art. 13 comma 13) oppure il trattenimento in Italia senza giustificato motivo in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi dell'art. 14 comma 5-*bis* (art. 14 comma 5-*ter*).

Per entrambe le contravvenzioni è comminata la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno ed è prevista una nuova espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera.

La reiterazione della condotta disobbediente da parte dello straniero realizza una fattispecie più grave, qualificata come delitto. Lo straniero, già denunciato per il reato di cui all'art. 13 comma 13 ed espulso, che abbia fatto reingresso sul territorio nazionale è punito con la reclusione da uno a quattro anni (art. 13 comma 13-*bis*). Analogamente, lo straniero espulso ai sensi dell'art. 14 comma 5-*ter*, che viene trovato nel territorio dello Stato è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Quanto agli aspetti processuali, gli artt. 13 e 14 prevedono, per i reati in ciascuna disposizione contemplati, rispettivamente l'arresto facoltativo in flagranza e l'arresto obbligatorio (per il delitto di cui all'art. 13 comma 13-*bis* è inoltre consentito il fermo). In entrambi i casi è imposta l'adozione del rito direttissimo.

Che la disciplina processuale appena descritta sia in contrasto con l'art. 3 della Costituzione è di tutta evidenza.

I reati contravvenzionali descritti dagli artt. 13 e 14 rivestono quanto meno pari gravità. Essi sono sanzionati con la medesima pena edittale. Identica è la previsione delle conseguenze sul piano amministrativo, cioè una nuova espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera. In entrambi i casi, la reiterazione della condotta illecita dopo la denuncia per l'ipotesi contravvenzionale comporta l'integrazione di un delitto.

Ma vi è di più.

La fattispecie descritta dall'art. 14 comma 5-*ter* appare ontologicamente meno grave rispetto a quella inserita nell'art. 13 comma 13. Lo straniero che rientra nel territorio dello Stato dopo l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica pone in essere una condotta attiva. Più esattamente, trasgredisce ad un ordine non solo legalmente impartito dalla pubblica autorità italiana ma addirittura eseguito in modo coattivo, con impiego da parte dello Stato di risorse umane ed economiche. Una simile condotta è certamente poco compatibile con un atteggiamento colposo.

La contravvenzione di cui al comma 5-*ter* dell'art. 14 si realizza, invece, con una condotta meramente omissiva. La trasgressione posta in essere dallo straniero non ha alle spalle un accompagnamento coatto alla frontiera ma un ordine scritto del questore di lasciare il territorio dello Stato nel breve termine di cinque giorni. La disobbedienza è sicuramente compatibile in questo caso con un atteggiamento colposo, negligente. La mancata esecuzione dell'ordine non vanifica uno sforzo compiuto dallo Stato per attuare in maniera forzata i propri provvedimenti.

Che la condotta omissiva, vale a dire la mancata esecuzione spontanea di un ordine, sia in generale valutata dal legislatore con minor rigore si ricava, ad esempio, dalla previsione dell'art. 13 comma 5. Per lo straniero che si sia trattenuto nel territorio dello Stato nonostante che il permesso di soggiorno fosse scaduto di validità e senza

aver chiesto il rinnovo, l'espulsione è eseguita, in deroga all'art. 13 comma 4, mediante intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni. Lo straniero che non esegua spontaneamente l'intimazione in oggetto non è penalmente perseguibile.

Nel d.lgs. 286/1998, prima delle modifiche introdotte dalla legge 189/02, era incriminata solo la condotta dello straniero espulso che fosse rientrato in Italia senza la speciale autorizzazione del Ministero dell'interno (art. 13 comma 13).

Se è vero che la contravvenzione introdotta dall'art. 14 comma 5-ter riveste gravità pari o minore rispetto a quella descritta dall'art. 13 comma 13, non vi è alcuna ragione che giustifichi la previsione di un arresto obbligatorio nel primo caso e facoltativo nel secondo.

La ingiustificata disparità di trattamento emerge poi in modo eclatante ove si raffronti la disciplina in tema di arresto tra la contravvenzione di cui all'art. 14 comma 5-ter ed il delitto di cui all'art. 13 comma 13-bis. La previsione dell'arresto obbligatorio per la contravvenzione e dell'arresto facoltativo per il delitto è del tutto priva di ragionevolezza.

L'obbligo di arrestare l'autore di un reato contravvenzionale è istituito sconosciuto al nostro attuale ordinamento giuridico. La misura precautelare dell'arresto obbligatorio è riservata, ai sensi dell'art. 380 c.p.p., agli autori di delitti e non di tutti i delitti ma di quelli particolarmente gravi, sanzionati con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti anni, oppure rientranti nelle fattispecie specificamente elencate nel secondo comma della stessa disposizione.

Un solo caso di arresto obbligatorio in flagranza è previsto dalle leggi speciali, ed esattamente dall'art. 12 comma 4 d.lgs. 286/1998 (non modificato dalla legge n. 189/02), in riferimento comunque a delitti, quelli di cui ai commi 1 e 3 della medesima disposizione.

Quanto ai reati contravvenzionali, l'arresto in flagranza è possibile secondo l'attuale ordinamento in una sola ipotesi, l'art. 6 d.l. 122/1993, convertito in legge n. 205/1993, ma si tratta di arresto facoltativo e non obbligatorio.

La previsione dell'arresto obbligatorio per la contravvenzione di cui all'art. 14 comma 5-ter d.lgs. 286/1998, modificato dalla legge n. 189/02, contrasta in maniera eclatante con l'art. 3 della Costituzione in quanto concreta una ingiustificata disparità di trattamento rispetto all'art. 13 comma 13 che, per fattispecie di maggiore gravità consente ma non impone l'arresto in flagranza.

Vi è un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale che emerge dalla lettura dell'art. 14 comma 5-quinquies d.lgs. 286/1998, modificato dalla legge n. 189/02.

Esso attiene alla introduzione di una identica disciplina processuale (arresto obbligatorio e obbligo di giudizio direttissimo) per due ipotesi di reato (quelle dei commi 5-ter e 5-quater) che lo stesso legislatore ha sensibilmente differenziato quanto a gravità del fatto e della sanzione.

È pacifico, e costantemente ribadito dalla giurisprudenza, che, ferma la necessità di ancorare le scelte criminalizzatrici alla tutela di beni costituzionalmente rilevanti, le valutazioni sulla qualità e quantità della sanzione, in quanto di natura ideologica e politica, rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore.

Nella sfera della discrezionalità legislativa devono pure ricondursi le scelte sui presupposti di applicabilità delle misure precautelari e cautelari, nei limiti imposti dall'art. 13 della Costituzione (cfr. sentenze Corte cost. 126/1972; n. 305/1996).

È altrettanto pacifico, tuttavia, che l'uso della discrezionalità legislativa possa essere censurato, sotto il profilo della legittimità costituzionale, nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza (cfr. sentenze Corte cost. nn. 26/1979, 103/1982, 409/1989, 341/1994).

Nell'esercizio del suo indiscusso potere discrezionale, il legislatore ha qualificato come contravvenzione la condotta dello straniero che per la prima volta disobbedisce all'ordine di lasciare il territorio nazionale, in linea con fattispecie omologhe contemplate dal codice penale (cfr. art. 650 c.p., 2 legge n. 1423/1956).

Scegliendo il tipo meno grave di reato, il legislatore ha escluso che potesse applicarsi all'imputato qualsiasi misura cautelare. La disobbedienza reiterata nelle forme dell'art. 14 comma 5-quater è stata invece elevata al rango di delitto, punito con la reclusione da uno a quattro anni, quindi compatibile, secondo il sistema processuale, con il ricorso a misure precautelari e cautelari.

Il legislatore ha mostrato da un lato di voler differenziare sensibilmente le due condotte in esame, la prima disobbedienza e quella reiterata nonostante l'espulsione coattiva, addirittura adottando diverse categorie di reato e comminando sanzioni significativamente differenti, con tutta una serie di implicazioni specifiche quanto ad elemento soggettivo, a termini di prescrizione ecc.

Tradendo questa impostazione e senza alcuna plausibile ragione ha poi dettato, nel comma 5-quinquies, una disciplina identica quanto all'adozione di misure precautelari e al rito da seguire.

Ha in tal modo introdotto una deroga enorme rispetto al sistema del codice di procedura penale, prevedendo per la contravvenzione l'arresto obbligatorio dell'autore, caso unico nel nostro ordinamento.

La disarmonia che tale disciplina esprime rileva ai fini dell'art. 3 della Costituzione sotto l'aspetto della assoluta irragionevolezza.

Il principio di ragionevolezza impone, per le fattispecie che costituiscono diversi gradi di aggressione del medesimo bene giuridico, discipline proporzionatamente differenziate (*cf.* sentenza Corte cost. n. 26/1979, secondo cui: «È giurisprudenza costante di questa Corte che la configurazione delle fattispecie criminose e le valutazioni sulla congruenza fra i reati e le pene appartengono alla politica legislativa; salvo però il sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore, cioè sulle sperequazioni che assumano una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate ... questo è appunto il caso della norma impugnata ... l'art. 186 c.p.m.p., nel primo e, in parte, nel secondo comma, ricomprende ed appiattisce in un'unica ipotesi delittuosa — quella della insubordinazione con violenza — distinte condotte tipiche, nettamente differenziate nei loro elementi oggettivi e soggettivi»).

Coerentemente a tali criteri, l'art. 9 legge n. 1423/1956 qualifica come contravvenzione la violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale e come delitto l'analoga violazione quando la sorveglianza speciale includa anche l'obbligo o il divieto di soggiorno. Solo per la fattispecie delittuosa è previsto, in base all'art. 381 c.p.p., l'arresto facoltativo in flagranza e, ai sensi dell'art. 9 legge n. 1423/56 comma 3, anche fuori dei casi di flagranza.

In materia di stupefacenti, l'art. 380 c.p.p. prevede l'arresto obbligatorio per i delitti di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990, in deroga ai limiti di pena di cui al comma 1. La più grave misura precautelare non è estesa alle ipotesi attenuate di cui al quinto comma del citato art. 73.

Nell'art. 14 comma 5-*quinquies*, il legislatore ha in sostanza trattato allo stesso modo, imponendo l'arresto in flagranza ed il rito direttissimo, fattispecie che egli stesso ha, nella medesima disposizione, differenziato notevolmente quanto a gravità.

La disarmonia che tale disciplina esprime rileva ai fini dell'art. 3 della Costituzione sotto l'aspetto della assoluta irragionevolezza («Non si compiono valutazioni di natura politica e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore se si dichiara che il principio dell'uguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse», Corte cost. n. 53/1958).

Non vi è dubbio che il principio di uguaglianza, nonostante il riferimento letterale dell'art. 3 Cost. ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri, allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (Corte cost. 104/69).

Pacifica è la rilevanza della questione.

L'imputato è stato arrestato ai sensi della disposizione impugnata.

Sulla rilevanza della questione non può avere effetto l'avvenuta liberazione della persona arrestata, imposta dall'art. 391 u.c., richiamato dall'art. 558 c.p.p. Il giudizio di convalida dell'arresto non è stato esaurito ma è stato sospeso al fine di trasmettere gli atti alla Corte costituzionale.

La decisione sulla questione di legittimità costituzionale ha incidenza diretta sulla pronuncia di legittimità dell'arresto eseguito dalla polizia giudiziaria ai sensi della disposizione impugnata (*cf.* al riguardo sentenza Corte cost. n. 54/1993 «... il provvedimento di liberazione dell'arrestata era imposto ... dalla disposizione di cui all'art. 391 settimo comma, ultima parte, del codice di rito ... Poiché tale disposizione ricollega la perdita di efficacia dell'arresto alla carenza, per qualsiasi ragione, di un provvedimento positivo di convalida nello stesso termine, è ovvio che l'impossibilità di rispettarlo conseguente all'elevazione della questione comportava (o avrebbe di lì a poco ineludibilmente comportato) l'intervento di tale autonoma causa di carenza di valido titolo di detenzione, a prescindere dall'esaurimento del procedimento di convalida, che ... era stato contestualmente sospeso. Tale procedimento non può perciò ritenersi esaurito, né di esso i giudici si sono spogliati: e la sua persistenza nonostante la liberazione trova ragione nell'interesse generale ad una pronuncia sulla legittimità dell'arresto, che ha pur sempre determinato una privazione della libertà. La rilevanza della questione, dunque, permane, trattandosi di stabilire se la liberazione dell'arrestata 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»).

La rilevanza della questione esiste, nel caso concreto, anche qualora si ritenesse conforme a Costituzione la previsione dell'arresto facoltativo anziché obbligatorio, poiché l'assenza di specifici indici di gravità della condotta e di pericolosità dell'imputato renderebbe comunque ingiustificata, ai sensi dell'art. 381 comma 4 c.p.p., la misura precautelare in oggetto.

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5-*quinquies* d.lgs. 286/1998, modificato dalla legge n. 189/02, in relazione all'art. 3 Cost., appare non manifestamente infondata e rilevante.

P. Q. M.

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

Dichiara non manifestamente infondata e rilevante la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinquies, d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 189/2002, per violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Sospende il giudizio di convalida e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Dispone che, a cura della cancelleria, l'ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte costituzionale sia notificata all'imputata, al difensore e al pubblico ministero nonché al Presidente del Consiglio dei ministri.

Dispone inoltre che la citata ordinanza sia comunicata, a cura della cancelleria, ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Considerato che la decisione sulla convalida dell'arresto non può essere adottata senza attendere l'esito del giudizio sulla questione di legittimità costituzionale e che pertanto una pronuncia sulla convalida dell'arresto non può intervenire nel termine di quarantotto ore;

Visti gli artt. 558 e 391 u.c. .c.p.p.,

Dispone l'immediata liberazione dell'imputata, se non detenuta per altra causa.

Modena, addì 10 gennaio 2003

Il giudice: PONTERIO

03C0988

N. 695

Ordinanza del 14 gennaio 2003 (pervenuta alla Corte costituzionale il 21 agosto 2003) emessa dal Tribunale di Modena nel procedimento penale a carico di Nefzi Lamjed

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 - Irragionevole disparità di trattamento rispetto all'analogo reato di rientro nel territorio dello Stato a seguito di espulsione amministrativa, per il quale è previsto l'arresto facoltativo in flagranza.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quinquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, in relazione all'art. 13, comma 13-*ter*, del decreto medesimo.
- Costituzione, art. 3.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza.

Rilevato in fatto

Nefzi Lamjed, in data 14 gennaio 2003 alle ore 1.55 veniva tratto in arresto da personale della Squadra Volante della Questura di Modena per il reato previsto e punito dall'art. 14 comma 5-*ter* decreto legislativo n. 286/1998 come modificato dalla legge 189/02. All'udienza fissata per la convalida in data 14 gennaio 2003 alle ore 12 avanti al tribunale di Modena il P.M. insisteva per la convalida dell'arresto, mentre il difensore dell'imputato si rimetteva a giustizia.

Ritenuto in diritto

L'art. 14 del decreto legislativo n. 286/1998 come modificato dall'art. 13 della legge 30 luglio 2002 n. 189 prevede che lo straniero (attinto da un decreto di espulsione del prefetto o di respingimento del questore), su provvedimento del questore soggetto a convalida giurisdizionale entro 48 dall'adozione, sia trattenuto presso il centro di permanenza temporanea ed assistenza più vicino per un tempo di trenta giorni, prorogabili dal giudice di ulteriori trenta giorni su richiesta dello stesso questore, qualora non sia possibile eseguirne con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero respingimento perché occorre procedere al suo soccorso, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità del vettore o altro mezzo di trasporto idoneo (commi 1, 2, 3, 4 e 5). Quando non risulta possibile trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, ovvero quando sono decorsi i termini di permanenza senza che siano stati eseguiti l'espulsione od il respingimento, il questore ordina per iscritto allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di giorni cinque indicando le conseguenze penali conseguenti alla trasgressione dell'ordine (comma 5-bis).

Lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno (comma 5-ter) e per tale condotta è previsto l'arresto obbligatorio (comma 5-quinquies).

Ciò premesso si ritiene sussistente una questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 14 comma 5-quinquies d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge 30 luglio 2002 n. 189 in relazione all'art. 13 comma 13-ter del medesimo decreto legislativo, in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

Risulta invero, a parere di questo giudice, la violazione, da parte dell'art. 14 comma 5-quinquies del decreto legislativo citato, dell'art. 3 della Costituzione sotto il profilo della disparità di trattamento di situazioni analoghe. Tale violazione si apprezza dalla comparazione tra quanto previsto e come sopra ricostruito per il trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato dopo la notifica dell'ordine del questore di lasciare il territorio entro cinque giorni e quanto viceversa previsto per la fattispecie disciplinata dall'art. 13 comma 13 e 13-ter decreto legislativo n. 286/1998 modificato dalla legge n. 189/02 per quanto concerne il rientro nel territorio dello Stato dello straniero a seguito di espulsione amministrativa. Tale ultima fattispecie prevede che lo straniero espulso a seguito di provvedimento amministrativo non possa rientrare nello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno e sanziona la trasgressione dal relativo precetto con la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno consentendo, nella concorrenza di tale violazione, l'arresto in flagranza dell'autore del fatto.

Emerge evidente che fra le due fattispecie poste in comparazione, che attengono sostanzialmente alla presenza nel territorio dello stato di uno straniero attinto da un provvedimento di espulsione amministrativa e che risultano sanzionate con la medesima pena (arresto da sei mesi ad un anno), l'una (art. 13 comma 13-ter) prevede una ipotesi di arresto facoltativo in flagranza, l'altra (art. 14 comma 5-quinquies) prevede viceversa l'arresto obbligatorio.

Tale difforme disciplina non appare giustificata dalla natura del bene protetto dalle due fattispecie, individuabile per entrambe nella tutela del territorio dello Stato dalla presenza di soggetti non aventi titolo alla permanenza e già attinti da provvedimenti amministrativi, ovvero dalle caratteristiche della condotta costituiva dell'illecito, che in maniera identica appare riconducibile alla violazione dell'ordine amministrativo di lasciare il territorio, e neppure dalla maggiore potenzialità lesiva di una condotta rispetto all'altra atteso che viceversa il fatto di trattenersi nel territorio risulta, sotto il profilo della determinazione a delinquere, meno grave del rientro nel territorio dello stato italiano a seguito di eseguita espulsione, attività che presuppone la predisposizione e la pianificazione del viaggio e dell'accesso nel territorio. La difformità non può infine essere ascritta alla diversità tra i destinatari del precetto penale essendo in entrambe le fattispecie gli stessi identificabili negli stranieri attinti da un ordine di espulsione amministrativo.

La violazione dell'art. 3 Cost. deve dirsi inoltre sussistente anche laddove, come nel caso di specie, la norma di legge denunciata come incostituzionale sia riferibile ad uno straniero atteso che, pur facendo riferimento al testo letterale del citato art. 3 ai «cittadini», secondo quanto più volte evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, l'eguaglianza davanti alla legge è garantita anche agli stranieri laddove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili della persona (sent. 104/69 e 120/67).

L'eccezione di legittimità costituzionale deve dirsi inoltre rilevante ai fini del decidere in quanto sollevata prima della emissione del provvedimento di convalida dell'arresto ed avente incidenza sulla norma di legge posta a fondamento della misura dell'arresto come eseguito da parte della polizia giudiziaria.

La valutazione da parte di questo giudice in ordine alla legittimità dell'arresto deve quindi necessariamente implicare la valutazione e l'applicazione della norma di legge di cui si denuncia la incostituzionalità.

La questione assume inoltre rilevanza in concreto nella fattispecie oggetto del giudizio di convalida sottoposto a questo giudice atteso che, in ragione dei non rilevanti precedenti penali dell'arrestato e dell'assenza di ulteriori elementi idonei a far emergere, nel giudizio sulla personalità, una pericolosità giuridicamente apprezzabile in capo ad esso oltre che della assenza di gravità del fatto, la valutazione di cui all'art. 381 40 comma c.p.p. dovrebbe comportare la mancata convalida dell'arresto così come eseguito.

Il presente giudizio di convalida va pertanto sospeso con conseguente invio degli atti alla Corte costituzionale.

P. Q. M.

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

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinquies del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 come modificato dalla legge 30 luglio 2002 n. 189 in relazione all'art. 13, comma 13-ter, del medesimo decreto legislativo, in riferimento all'art. 3 della Costituzione;

Sospende il giudizio di convalida in corso;

Dispone la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Manda la cancelleria per la notifica della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri;

Dispone la comunicazione della ordinanza a cura della cancelleria ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Modena, addì 14 gennaio 2003

Il giudice: VACCARI

03C0989

NN. da 696 a 700

Ordinanze — di contenuto sostanzialmente identico — emesse il 29 novembre, 4 e 14 dicembre 2002, 9 e 20 gennaio 2003 (pervenute alla Corte costituzionale il 21 agosto 2003) dal Tribunale di Modena nei procedimenti penali rispettivamente a carico di: Aiari Kamel (R.O. 696/2003); Mourad Ferchichi ed altro (R.O. 697/2003); Abd Rabbo Yaser (R.O. 698/2003); Jabeli Mohamed (R.O. 699/2003); Vokhmyrina Nadya (R.O. 700/2003).

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 - Violazione del principio di ragionevolezza.

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

IL TRIBUNALE

Esaminati gli atti del procedimento nei confronti di Aiari Kamel, nato in Algeria, arrestato dalla squadra volante della Questura di Modena il 28 novembre 2002 alle ore 12.40, per il reato di cui all'art. 14 comma 5-ter, d.lgs n. 286/1998, modificato dalla legge n. 189/2002;

Ritenuto che si profili una questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5-quinquies d.lgs. 286/1998 modificato dalla legge 189/02, in relazione all'art. 3 della Costituzione,

O S S E R V A

Il regime introdotto dal d.lgs. n. 286/1998 modificato dalla legge n. 189/02 prevede l'espulsione dello straniero che sia entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera (art. 13 comma 2 lett. a). L'espulsione è disposta dal prefetto (art. 13 comma 2) ed è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13 comma 4). Fanno eccezione i casi di cui al comma 5 concernenti lo straniero il cui permesso di soggiorno sia scaduto di validità da più di sessanta giorni senza che ne sia stato chiesto il rinnovo.

La regola fissata dal comma 4 dell'art. 13 può essere derogata «quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ... perché occorre procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità del vettore o altro mezzo di trasporto idoneo» (art. 14 comma 1). In tal caso, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza temporanea e assistenza più vicino ...» (art. 14 comma 1).

È contemplato un rimedio estremo per l'eventualità che non sia possibile eseguire l'espulsione immediata con accompagnamento alla frontiera e non si riesca neanche a trattenere, o a trattenere ulteriormente, lo straniero presso un centro di permanenza temporanea. Qualora questa duplice impossibilità si verifichi, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni (art. 14 comma 5-bis).

L'apparato sanzionatorio predisposto dal testo normativo tiene conto delle differenti modalità esecutive dell'espulsione. La disobbedienza, quando si realizzi la prima volta, integra un illecito contravvenzionale. Le condotte incriminate sono il rientro nel territorio dello Stato dopo l'accompagnamento alla frontiera e senza la speciale autorizzazione del ministro dell'interno (art. 13 comma 13) oppure il trattenimento in Italia senza giustificato motivo in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi dell'art. 14 comma 5-bis (art. 14 comma 5-ter).

Per entrambe le contravvenzioni è comminata la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno ed è prevista una nuova espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera.

La reiterazione della condotta disobbediente da parte dello straniero realizza una fattispecie più grave, qualificata come delitto. Lo straniero, già denunciato per il reato di cui all'art. 13 comma 13 ed espulso, che abbia fatto reingresso sul territorio nazionale è punito con la reclusione da uno a quattro anni (art. 13 comma 13-bis). Analogamente, lo straniero espulso ai sensi dell'art. 14 comma 5-ter, che viene trovato nel territorio dello Stato è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Quanto agli aspetti processuali, gli artt. 13 e 14 prevedono, per i reati in ciascuna disposizione contemplati, rispettivamente l'arresto facoltativo in flagranza e l'arresto obbligatorio (per il delitto di cui all'art. 13 comma 13-bis è inoltre consentito il fermo). In entrambi i casi è imposta l'adozione del rito direttissimo.

Che la disciplina processuale appena descritta sia in contrasto con l'art. 3 della Costituzione è di tutta evidenza.

I reati contravvenzionali descritti dagli artt. 13 e 14 rivestono quanto meno pari gravità. Essi sono sanzionati con la medesima pena edittale. Identica è la previsione delle conseguenze sul piano amministrativo, cioè una nuova espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera. In entrambi i casi, la reiterazione della condotta illecita dopo la denuncia per l'ipotesi contravvenzionale comporta l'integrazione di un delitto.

Ma vi è di più.

La fattispecie descritta dall'art. 14 comma 5-ter appare ontologicamente meno grave rispetto a quella inserita nell'art. 13 comma 13. Lo straniero che rientra nel territorio dello Stato dopo l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica pone in essere una condotta attiva. Più esattamente, trasgredisce ad un ordine non solo legalmente impartito dalla pubblica autorità italiana ma addirittura eseguito in modo coattivo, con impiego da parte dello Stato di risorse umane ed economiche. Una simile condotta è certamente poco compatibile con un atteggiamento colposo.

La contravvenzione di cui al comma 5-ter dell'art. 14 si realizza, invece, con una condotta meramente omisiva. La trasgressione posta in essere dallo straniero non ha alle spalle un accompagnamento coatto alla frontiera ma un ordine scritto del questore di lasciare il territorio dello Stato nel breve termine di cinque giorni. La disobbedienza è sicuramente compatibile in questo caso con un atteggiamento colposo, negligente. La mancata esecuzione dell'ordine non vanifica uno sforzo compiuto dallo Stato per attuare in maniera forzata i propri provvedimenti.

Che la condotta omissiva, vale a dire la mancata esecuzione spontanea di un ordine, sia in generale valutata dal legislatore con minor rigore si ricava, ad esempio, dalla previsione dell'art. 13 comma 5. Per lo straniero che si sia trattenuto nel territorio dello Stato nonostante che il permesso di soggiorno fosse scaduto di validità e senza aver chiesto il rinnovo, l'espulsione è eseguita, in deroga all'art. 13 comma 4, mediante intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni. Lo straniero che non esegua spontaneamente l'intimazione in oggetto non è penalmente perseguibile.

Nel d.lgs. 286/1998, prima delle modifiche introdotte dalla legge 189/02, era incriminata solo la condotta dello straniero espulso che fosse rientrato in Italia senza la speciale autorizzazione del Ministero dell'interno (art. 13 comma 13).

Se è vero che la contravvenzione introdotta dall'art. 14 comma 5-ter riveste gravità pari o minore rispetto a quella descritta dall'art. 13 comma 13, non vi è alcuna ragione che giustifichi la previsione di un arresto obbligatorio nel primo caso e facoltativo nel secondo.

La ingiustificata disparità di trattamento emerge poi in modo eclatante ove si raffronti la disciplina in tema di arresto tra la contravvenzione di cui all'art. 14 comma 5-ter ed il delitto di cui all'art. 13 comma 13-bis. La previsione dell'arresto obbligatorio per la contravvenzione e dell'arresto facoltativo per il delitto è del tutto priva di ragionevolezza.

L'obbligo di arrestare l'autore di un reato contravvenzionale è istituito sconosciuto al nostro attuale ordinamento giuridico. La misura precautelare dell'arresto obbligatorio è riservata, ai sensi dell'art. 380 c.p.p., agli autori di delitti e non di tutti i delitti ma di quelli particolarmente gravi, sanzionati con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti anni, oppure rientranti nelle fattispecie specificamente elencate nel secondo comma della stessa disposizione.

Un solo caso di arresto obbligatorio in flagranza è previsto dalle leggi speciali, ed esattamente dall'art. 12 comma 4 d.lgs. 286/1998 (non modificato dalla legge n. 189/02), in riferimento comunque a delitti, quelli di cui ai commi 1 e 3 della medesima disposizione.

Quanto ai reati contravvenzionali, l'arresto in flagranza è possibile secondo l'attuale ordinamento in una sola ipotesi, l'art. 6 d.l. 122/1993, convertito in legge n. 205/1993, ma si tratta di arresto facoltativo e non obbligatorio.

La previsione dell'arresto obbligatorio per la contravvenzione di cui all'art. 14 comma 5-ter d.lgs. 286/1998, modificato dalla legge n. 189/02, contrasta in maniera eclatante con l'art. 3 della Costituzione in quanto concreta una ingiustificata disparità di trattamento rispetto all'art. 13 comma 13 che, per fattispecie di maggiore gravità consente ma non impone l'arresto in flagranza.

Vi è un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale che emerge dalla lettura dell'art. 14 comma 5-quinquies d.lgs. 286/1998, modificato dalla legge n. 189/02.

Esso attiene alla introduzione di una identica disciplina processuale (arresto obbligatorio e obbligo di giudizio direttissimo) per due ipotesi di reato (quelle dei commi 5-ter e 5-quater) che lo stesso legislatore ha sensibilmente differenziato quanto a gravità del fatto e della sanzione.

È pacifico, e costantemente ribadito dalla giurisprudenza, che, ferma la necessità di ancorare le scelte criminalizzatrici alla tutela di beni costituzionalmente rilevanti, le valutazioni sulla qualità e quantità della sanzione, in quanto di natura ideologica e politica, rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore.

Nella sfera della discrezionalità legislativa devono pure ricondursi le scelte sui presupposti di applicabilità delle misure precautelari e cautelari, nei limiti imposti dall'art. 13 della Costituzione (*cfr.* sentenze Corte cost. 126/1972; n. 305/1996).

È altrettanto pacifico, tuttavia, che l'uso della discrezionalità legislativa possa essere censurato, sotto il profilo della legittimità costituzionale, nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza (*cfr.* sentenze Corte cost. nn. 26/1979, 103/1982, 409/1989, 341/1994).

Nell'esercizio del suo indiscusso potere discrezionale, il legislatore ha qualificato come contravvenzione la condotta dello straniero che per la prima volta disobbedisce all'ordine di lasciare il territorio nazionale, in linea con fattispecie omologhe contemplate dal codice penale (*cfr.* art. 650 c.p., 2 legge n. 1423/1956).

Scegliendo il tipo meno grave di reato, il legislatore ha escluso che potesse applicarsi all'imputato qualsiasi misura cautelare. La disobbedienza reiterata nelle forme dell'art. 14 comma 5-quater è stata invece elevata al rango di delitto, punito con la reclusione da uno a quattro anni, quindi compatibile, secondo il sistema processuale, con il ricorso a misure precautelari e cautelari.

Il legislatore ha mostrato da un lato di voler differenziare sensibilmente le due condotte in esame, la prima disobbedienza e quella reiterata nonostante l'espulsione coattiva, addirittura adottando diverse categorie di reato e comminando sanzioni significativamente differenti, con tutta una serie di implicazioni specifiche quanto ad elemento soggettivo, a termini di prescrizione ecc.

Tradendo questa impostazione e senza alcuna plausibile ragione ha poi dettato, nel comma 5-*quinquies*, una disciplina identica quanto all'adozione di misure precautelari e al rito da seguire.

Ha in tal modo introdotto una deroga enorme rispetto al sistema del codice di procedura penale, prevedendo per la contravvenzione l'arresto obbligatorio dell'autore, caso unico nel nostro ordinamento.

La disarmonia che tale disciplina esprime rileva ai fini dell'art. 3 della Costituzione sotto l'aspetto della assoluta irragionevolezza.

Il principio di ragionevolezza impone, per le fattispecie che costituiscono diversi gradi di aggressione del medesimo bene giuridico, discipline proporzionatamente differenziate (*cf.* sentenza Corte cost. n. 26/1979, secondo cui: «È giurisprudenza costante di questa Corte che la configurazione delle fattispecie criminose e le valutazioni sulla congruenza fra i reati e le pene appartengono alla politica legislativa; salvo però il sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore, cioè sulle sperequazioni che assumano una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate...questo è appunto il caso della norma impugnata ... l'art. 186 c.p.m.p., nel primo e, in parte, nel secondo comma, ricomprende ed appiattisce in un'unica ipotesi delittuosa — quella della insubordinazione con violenza — distinte condotte tipiche, nettamente differenziate nei loro elementi oggettivi e soggettivi»).

Coerentemente a tali criteri, l'art. 9 legge n. 1423/1956 qualifica come contravvenzione la violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale e come delitto l'analoga violazione quando la sorveglianza speciale includa anche l'obbligo o il divieto di soggiorno. Solo per la fattispecie delittuosa è previsto, in base all'art. 381 c.p.p., l'arresto facoltativo in flagranza e, ai sensi dell'art. 9 legge n. 1423/56 comma 3, anche fuori dei casi di flagranza.

In materia di stupefacenti, l'art. 380 c.p.p. prevede l'arresto obbligatorio per i delitti di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990, in deroga ai limiti di pena di cui al comma 1. La più grave misura precautelare non è estesa alle ipotesi attenuate di cui al quinto comma del citato art. 73.

Nell'art. 14 comma 5-*quinquies*, il legislatore ha in sostanza trattato allo stesso modo, imponendo l'arresto in flagranza ed il rito direttissimo, fattispecie che egli stesso ha, nella medesima disposizione, differenziato notevolmente quanto a gravità.

La disarmonia che tale disciplina esprime rileva ai fini dell'art. 3 della Costituzione sotto l'aspetto della assoluta irragionevolezza («Non si compiono valutazioni di natura politica e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore se si dichiara che il principio dell'uguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse», Corte cost. n. 53/1958).

Non vi è dubbio che il principio di uguaglianza, nonostante il riferimento letterale dell'art. 3 Cost. ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri, allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (Corte cost. 104/69).

Pacifica è la rilevanza della questione.

L'imputata è stata arrestata ai sensi della disposizione impugnata.

Sulla rilevanza della questione non può avere effetto l'avvenuta liberazione della persona arrestata, imposta dall'art. 391 u.c., richiamato dall'art. 558 c.p.p. Il giudizio di convalida dell'arresto non è stato esaurito ma è stato sospeso al fine di trasmettere gli atti alla Corte costituzionale.

La decisione sulla questione di legittimità costituzionale ha incidenza diretta sulla pronuncia di legittimità dell'arresto eseguito dalla polizia giudiziaria ai sensi della disposizione impugnata (*cf.* al riguardo sentenza Corte cost. n. 54/1993 «...il provvedimento di liberazione dell'arrestata era imposto...dalla disposizione di cui all'art. 391 settimo comma, ultima parte, del codice di rito ... Poiché tale disposizione ricollega la perdita di efficacia dell'arresto alla carenza, per qualsiasi ragione, di un provvedimento positivo di convalida nello stesso termine, è ovvio che l'impossibilità di rispettarlo conseguente all'elevazione della questione comportava (o avrebbe di lì a poco ineludibilmente comportato) l'intervento di tale autonoma causa di carenza di valido titolo di detenzione, a prescindere dall'esaurimento del procedimento di convalida, che ... era stato contestualmente sospeso. Tale procedimento non può perciò ritenersi esaurito, né di esso i giudici si sono spogliati: e la sua persistenza nonostante la liberazione trova ragione nell'interesse generale ad una pronuncia sulla legittimità dell'arresto, che ha pur sempre determinato una privazione della libertà. La rilevanza della questione, dunque, permane, trattandosi di stabi-

lire se la liberazione dell'arrestata 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»).

La rilevanza della questione esiste, nel caso concreto, anche qualora si ritenesse conforme a Costituzione la previsione dell'arresto facoltativo anziché obbligatorio, poiché l'assenza di specifici indici di gravità della condotta e di pericolosità dell'imputato renderebbe comunque ingiustificata, ai sensi dell'art. 381 comma 4 c.p.p., la misura precautelare in oggetto.

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5-quinquies d.lgs. 286/1998, modificato dalla legge n. 189/02, in relazione all'art. 3 Cost., appare non manifestamente infondata e rilevante.

P. Q. M.

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

Dichiara non manifestamente infondata e rilevante la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinquies, d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 189/2002, per violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Sospende il giudizio di convalida e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Dispone che, a cura della cancelleria, l'ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte costituzionale sia notificata all'imputato, al difensore e al pubblico ministero nonché al Presidente del Consiglio dei ministri.

Dispone inoltre che la citata ordinanza sia comunicata, a cura della cancelleria, ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Considerato che la decisione sulla convalida dell'arresto non può essere adottata senza attendere l'esito del giudizio sulla questione di legittimità costituzionale e che pertanto una pronuncia sulla convalida dell'arresto non può intervenire nel termine di quarantotto ore;

Visti gli artt. 558 e 391 u.c. c.p.p.,

Dispone l'immediata liberazione dell'imputato, se non detenuto per altra causa.

Modena, addì 29 novembre 2002

Il giudice: PONTERIO

03C0990

N. 701

*Ordinanza del 29 marzo 2003 emessa dalla Corte di appello di Firenze
nel procedimento penale a carico di Amoroso Mario ed altro*

Reati e pene - Reato di pubblicità di dispositivi medici senza l'autorizzazione del Ministero della sanità ovvero in difformità della stessa - Depenalizzazione come previsto per l'analoga fattispecie, di cui all'art. 201 del r.d. n. 1265/1934, relativa alla pubblicità concernente mezzi di prevenzione e cura delle malattie, specialità medicinali e presidi medico-chirurgici senza l'autorizzazione del Ministero dell'interno - Mancata previsione - Ingiustificato diverso trattamento di situazioni omogenee.

- Decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507, art. 70.
- Costituzione, art. 3.

LA CORTE D'APPELLO

Ha pronunciato la seguente ordinanza nel procedimento penale nei confronti di:

Mario Amoroso nato a Napoli il 28 agosto 1950, elettivamente domiciliato in Roma, presso lo studio dell'avv. M. Agalbato;

Raimondo Lagostena nato a Genova il 29 gennaio 1951, elettivamente domiciliato in Pescia, presso lo studio dell'avv. G. Giovannelli;

Imputati in qualità il primo di presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante della società «Vallau Italiana Promomarket S.r.l.», proprietaria dell'emittente televisiva «Rete Mia» ed il secondo in qualità di legale rappresentante della società «Profit S.p.a. Progetti Finanziari Televisivi» che cura la pubblicità televisiva di «Rete Mia», dei reati di cui agli artt. 110, 81 cpv. c.p. e 201 r.d. 1265/1934 in relazione all'art. 21 del d.lgs. 24 febbraio 1997 n. 46, perché in concorso tra loro ed in tempi diversi, permettevano la trasmissione su detta emittente di pubblicità sanitaria (nella specie l'apparecchio biomedicale Biosan Beauty Center) non autorizzata dal Ministero e comunque fornivano alla stessa «Rete Mia» detta pubblicità; in Lucca nel settembre-dicembre 1998. Con la recidiva *ex art.* 99 c.p. per Lagostena.

Permesso che il Tribunale di Lucca, con sentenza del 4 marzo 2002, ha assolto Mario Amoroso e Raimondo Lagostena dal reato come in epigrafe loro ascritto (*ex artt.* 110, 81 cpv. c.p., 201 r.d. 27 luglio 1934 n. 1265 in relazione all'art. 21 del d.lgs. 24 febbraio 1997 n. 46) perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, procedendo dalla considerazione che, allo stato della legislazione vigente, «il medesimo fatto (pubblicità non autorizzata di mezzi o dispositivi da utilizzare per la prevenzione e la cura delle malattie dell'uomo) è punito e da sanzione amministrativa e da pena criminale» e ritenendo, quindi, che, esclusa la possibilità di irrogare sanzioni di natura diversa (tanto quella amministrativa quanto quella penale) per il medesimo fatto, doveva, nel caso in esame, essere applicata «la norma ora depenalizzata», vale a dire l'art. 201 r.d. 1265/1934 «in base al (...) principio della obbligatorietà della applicazione della norma più favorevole all'imputato», ragione per la quale ha, altresì, disposto l'invio degli atti al Prefetto di Lucca per quanto di competenza;

Permesso, altresì, che il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Lucca ha interposto appello avverso tale sentenza osservando, in particolare, che quelle di cui, rispettivamente, agli artt. 21 d.lgs. n. 46/1997 e 201 r.d. n. 1265/1934 costituiscono norme distinte e non sovrapponibili non aparendo, poi, il principio del *favor rei* atto a consentire una *interpretatio abrogans* quale quella adottata dal Tribunale e di fatto comportante una depenalizzazione, invece non operata dal legislatore con il d.lgs. 507/1999;

Osservato che il fatto contestato nel presente procedimento (l'aver fornito e permesso la trasmissione, a mezzo dell'emittente televisiva «Rete Mia» di pubblicità sanitaria, relativa all'apparecchio «biomedicale» denominato «Biosan Beauty Center», non autorizzata «dal Ministero» nella rispettiva qualità, per gli imputati Amoroso e Lagostena, di legale rappresentante della società proprietaria dell'emittente e della società per essa occupantesi della pubblicità) appare riconducibile, fra l'altro in virtù del generico riferimento a «Ministero» competente per l'autorizzazione e non ulteriormente precisato, tanto alla fattispecie contravvenzionale già contemplata dall'art. 201, terzo e quinto comma del n. 1265/1934 (esigente la licenza del Ministro per l'interno) quanto a quella di cui agli artt. 21, secondo comma e 23, secondo comma del d.lgs. n. 46/1997 (riferentesi alla necessaria autorizzazione del Ministero della Sanità) in relazione all'art. 1 dello stesso decreto legislativo il quale fornisce la (ampia) definizione di «dispositivo medico»;

Rilevato che l'art. 70 del d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507 ha espressamente stabilito la trasformazione della contravvenzione di cui all'art. 201, terzo e quinto comma del r.d. n. 1265/1934 in illecito amministrativo punito, come tale, con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire 5.000.000 a lire 20.000.000;

Osservato per contro, che, in difetto di analoga previsione normativa, deve escludersi che anche la contravvenzione di cui agli artt. 21 e 23 del d.lgs. n. 46/1997 sia stata espressamente abrogata non aparendo, d'altra parte, possibile ritenere che ciò sia avvenuto implicitamente attesa la mancanza, nel d.lgs. 507/1999, di qualsiasi norma di chiusura o di completamento atta a depenalizzare (e a trasformare in illecito amministrativo) ulteriori reati, in virtù del riferimento a categorie normative generali o altrimenti;

Ritenuto che il principio del *favor rei* non appare adottabile quale criterio di selezione rispetto a norme tra loro, in ipotesi, incompatibili risolvendosi, altrimenti, secondo quanto prospettato dal Procuratore della Repubblica appellante, in una, non consentita, *interpretatio abrogans*;

Osservato che, per quanto precede, può prospettarsi, nel caso di specie, la possibilità di qualificare il fatto contestato quale contravvenzione in relazione alla fattispecie incriminatrice di cui agli artt. 21, secondo comma e 23, secondo comma d.lgs. n. 46/1997;

Ritenuto che, in relazione a quanto precede, si prospetta il dubbio circa la ragionevolezza dell'art. 70 del n. 507/1999 laddove esso ha depenalizzato, trasformandola in illecito amministrativo, la contravvenzione di cui all'art. 201, terzo e quinto comma del r.d. n. 1265/1934 ma non ha, invece, disposto analoga trasformazione per la contravvenzione di cui agli artt. 21, secondo comma e 23, secondo comma del d.lgs. n. 46/1997;

Rilevato, infatti, a tale proposito, che le fattispecie contemplate risultano sostanzialmente sovrapponibili (salvo il difforme riferimento all'autorità amministrativa competente per il controllo) in quanto l'art. 201 del r.d. citato sanzionava penalmente, ed ora in via amministrativa, l'effettuazione senza la «licenza del Ministro per l'interno» della «pubblicità a mezzo della stampa o in qualsiasi altro modo, concernente mezzi per la prevenzione e la cura delle malattie, specialità medicinali, presidi medico-chirurgici, cure fisiche ed affini, acque minerali naturali od artificiali» laddove, a sua volta, l'art. 23, secondo comma del d.lgs. n. 46/1997 sanziona, fra l'altro, oltre a fattispecie che qui non interessa, l'effettuazione di «pubblicità di dispositivi medici» «senza l'autorizzazione di cui all'art. 21, comma 2 ovvero in difformità dalla stessa» e, pertanto, stanti i già indicati riferimenti normativi, «l'effettuazione di pubblicità relativa a qualsiasi strumento, apparecchio, impianto, sostanza o altro prodotto, utilizzato da solo o in combinazione, compreso il software formatico impiegato per il corretto funzionamento e destinato dal fabbricante ad essere impiegato nell'uomo, a scopo di diagnosi, prevenzione, controllo, terapia o attenuazione di una malattia (...)» ed altro ancora, secondo la più che articolata definizione dell'espressione «dispositivo medico» offerta dall'art. 1, secondo comma lettera a) del d.lgs. n. 46/1997: ciò senza ovvero in difformità dall'autorizzazione del Ministero della sanità;

Ritenuto che la trasformazione in illecito amministrativo di una fattispecie contravvenzionale, ma non dell'altra, non pare riconducibile ad un deliberato intento del legislatore di sanzionare la medesima condotta (di ciò trattandosi, salva l'individuazione dell'autorità amministrativa competente per il controllo) tanto in via amministrativa quanto in sede penale giacché, in particolare, la norma in considerazione si colloca nel contesto di un intervento normativo univocamente rivolto ad attuare la depenalizzazione dei reati minori mediante la loro trasformazione in illeciti amministrativi e non certo ad introdurre, per taluno di essi, un doppio e più gravoso regime sanzionatorio;

Ritenuto che, per quanto precede, a fronte della volontà, manifestata dal legislatore, di depenalizzare fattispecie contravvenzionale sanzionata con la pena dell'arresto fino a tre mesi e dell'ammenda da lire 200.000 a lire 1.000.000, può prospettarsi come non giustificata la mancata depenalizzazione dell'altra fattispecie contravvenzionale siccome sostanzialmente analoga, quanto alla condotta incriminata e parimenti sanzionata;

Osservato che la prospettabile censura di incostituzionalità afferisce al generale principio di uguaglianza (anche in senso logico-formale e, quindi, nel senso della necessaria omogeneità di disciplina giuridica per fattispecie omogenee) posto dall'art. 3 della Costituzione;

Ritenuto che la questione, come prospettata, appare, oltre che non manifestamente infondata, anche rilevante ai fini della decisione incidendo sulla possibilità, o meno, di qualificazione penale della condotta contestata.

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 dell'art. 70 d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507 in relazione all'art. 3 della Costituzione e nella parte in cui, avendo depenalizzato e trasformato in illecito amministrativo la fattispecie di cui all'art. 201, terzo e quinto comma del r.d. 27 luglio 1934 n. 1265, non ha, altresì, depenalizzato e trasformato in illecito amministrativo la fattispecie di cui all'art. 23, secondo comma del d.lgs. febbraio 1997 n. 46 laddove sanziona penalmente l'effettuazione di «pubblicità di dispositivi medici» «senza l'autorizzazione di cui all'art. 21 comma 2 ovvero in difformità dalla stessa»;

Sospende il procedimento e dispone la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Dispone che la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata al Presidente del Senato ed al Presidente della Camera dei deputati mandando alla cancelleria per l'adempimento.

Firenze, addì 28 marzo 2003

Il Presidente: TOMASELLI

Il consigliere relatore estensore: FRANCIOLINI

N. 702

*Ordinanza del 7 aprile 2003, emessa dal Tribunale di sorveglianza di Napoli
sul reclamo proposto da Enea Salvatore*

Ordinamento penitenziario - Regime carcerario differenziato - Provvedimenti ministeriali di proroga - Condizione: insussistenza della capacità del detenuto o dell'internato 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

Riunito in camera di consiglio per deliberare sulla domanda di Enea Salvatore nato a Palermo il 9 settembre 1938 detenuto presso l'istituto C.P.S. di Napoli.

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

Sentito il parere conforme del p.g.;

Letti gli atti;

Considerato che Enea Salvatore 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;

Premesso che Enea Salvatore risulta in atti in espiatione della condanna alla pena di anni 30 di reclusione determinata con Provvedimento di cumulo della Procura Generale di Milano del 27 dicembre 2001 e successive integrazioni per i reati di all'art. 416-*bis* c.p., 74, 75 legge n. 685/1975; 73, 74, 80 d.P.R. n. 309/1990, violazione della legge sulle armi, con fine pena attuale al 23 dicembre 2023;

Preso atto che Enea Salvatore risulta sottoposto al regime differenziato ex art. 41-*bis* l.p. dal 1996;

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 già adottata all'udienza del 10 marzo 2003 su identica materia;

OSSERVA

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 perché 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».

«E 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 rispetto al provvedimento impugnato.

L'esigenza di una valutazione sulla base di dati raccolti da una esperienza di lungo periodo, che consenta costanza ed efficacia dagli interventi giustifica la definitività e stabilizzazione della disciplina di cui all'art. 41-*bis* l.p., ritenuta più garantista delle ripetute proroghe 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 dover 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 la emanazione del decreto ministeriale, quello sì necessariamente temporaneo.

La definitività crea certezza di diritto, ed è sempre preferibile alla precarietà o emergenzialità, e integra comunque una qualificazione della nonna, 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 sì direttamente incidente sulla libertà personale del detenuto.

In un'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 ad una serie di delitti, che il legislatore ritiene in questo particolare momento storico di massimo allarme sociale.

Va apprezzata la 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 novello 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'internato 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; col-

legamenti 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, secondo comma, e 27, secondo e terzo 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 con il diritto alla difesa tutelato dall'art. 24 della Costituzione, laddove introduce la previsione della prova negativa del venire 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. 3761997: «Di conseguenza, da un lato, il regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo del reato oggetto della condanna 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 dei Tribunali di sorveglianza, in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni alle organizzazioni criminali e alle loro attività».

E 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 giustificare 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 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* l.p. 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 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 ... «la 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 opponendosi 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 ..., purché 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 considerazione 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 visualizzazione 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 della 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 Enea Salvatore risulta essere sottoposto al regime differenziato ai sensi dell'art. 41-bis l.p. dal 1996, 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 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 23 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 31 marzo 2003

Il Presidente estensore: DI GIOVANNI

N. 703

*Ordinanza del 7 aprile 2003, emessa dal Tribunale di sorveglianza di Napoli
sul reclamo proposto da Buccarella Salvatore*

Ordinamento penitenziario - Regime carcerario differenziato - Provvedimenti ministeriali di proroga - Condizione: insussistenza della capacità del detenuto o dell'internato 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

Riunito in camera di consiglio per deliberare sulla domanda di Buccarella Salvatore nato a Brindisi il 4 giugno 1959 detenuto presso l'Istituto C.P.S. di Napoli.

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

Sentito il parere conforme del p.g.;

Letti gli atti;

Considerato che Buccarella Salvatore 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;

Premesso che Buccarella Salvatore risulta in atti in espiazione della condanna alla pena di anni 21 di reclusione in riferimento alla sentenza 17 aprile 1992 Corte assise appello Lecce per i reati di cui all'art. 416-*bis* c.p., 71, 74, 75 legge n. 685/1975; di anni 5 mesi 8 di reclusione in riferimento alla sent. Corte appello Lecce 14 dicembre 1994 per i reati di associazione a delinquere di stampo mafioso ed estorsione in concorso; di anni 4 mesi 6 di reclusione in riferimento alla sentenza 28 ottobre 1996 Corte appello Lecce per il reato di concorso in estorsione continuata; di 8 di reclusione in riferimento alla sentenza Corte appello Lecce 12 maggio 1994 per concorso in procurato crollo di villa mediante attentato dinamitardo, con fine pena attuale per le condanne definitive al 14 luglio 2030; appellante avverso la sentenza Tribunale Brindisi 14 marzo 2002;

Preso atto che Buccarella Salvatore risulta sottoposto al regime differenziato *ex* art. 41-*bis* l.p. dal 1996:

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 già adottata all'udienza del 10 marzo 2003 su identica materia;

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 perché 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».

«E 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 rispetto al provvedimento impugnato.

L'esigenza di una valutazione sulla base di dati raccolti da una esperienza di lungo periodo, che consenta costanza ed efficacia dagli 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 dover 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 la emanazione del decreto ministeriale, quello sì 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 sì direttamente incidente sulla libertà personale del detenuto.

In un'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 ad una serie di delitti, che il legislatore ritiene in questo particolare momento storico di massimo allarme sociale.

Va apprezzata la modifica dell'intero primo comma dell'art. 4-*bis*, nello sforzo di registrazione dei molteplici interventi costituzionali, che nel corso degli anni avevano completamente trasformato 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 novello 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'internato 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, secondo comma, e 27, secondo e terzo 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 rieducative 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 rieducativa 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 con il diritto alla difesa tutelato dall'art. 24 della Costituzione, laddove introduce la previsione della prova negativa del venire 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 regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo del reato oggetto della condanna 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 dei Tribunali di sorveglianza, in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni alle organizzazioni criminali e alle loro attività».

«E 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 giustificare 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 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 interpretativa, 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* l.p. 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 ... «la 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 al 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 ..., purché 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 della 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 della 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 Buccarella Salvatore risulta essere sottoposto al regime differenziato ai sensi dell'art. 41-*bis* l.p. dal 1996, 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, 13, 24, 27, 97 e 113 della Costituzione, dell'art. 41-*bis*, comma 2-*bis*, l.p., come novellato dall'art. 2 della legge 23 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».

Sentito il 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 23 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 7 aprile 2003

Il Presidente estensore: DI GIOVANNI

N. 704

*Ordinanza del 9 aprile 2003, emessa dal Tribunale di sorveglianza di Napoli
sul reclamo proposto da Madonna Francesco*

Ordinamento penitenziario - Regime carcerario differenziato - Provvedimenti ministeriali di proroga - Condizione: insussistenza della capacità del detenuto o dell'internato 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

Riunito in camera di consiglio per deliberare sulla istanza di Madonna Francesco nato a Palermo il 31 marzo 1924 detenuto presso l'istituto C.P. Secondigliano.

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

Sentito il parere conforme del p.g.;

Letti gli atti;

Considerato che Madonna Francesco 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 28 dicembre 2002, chiedendo la integrale disapplicazione dello stesso, ovvero, in via subordinata, la disapplicazione di alcune delle disposizioni in esso contenute;

Premesso che il Madonna risulta in atti in espiatione della condanna alla pena di anni 22 inflitta con sentenza 10 dicembre 1990 Corte assise appello Palermo; della pena di anni 22 inflitta con sentenza 8 agosto 1994 Corte appello Palermo; della pena di anni 22 inflitta con sentenza Tribunale di Palermo 25 maggio 1996; della pena dell'ergastolo giusta sentenza Corte assise appello Palermo 14 febbraio 1992, 17 marzo 1995 e 1° giugno 1996, 6 febbraio 1996 e 17 febbraio 1998, sentenze Corte assise Palermo 17 febbraio 1995, 16 novembre 2001 e 9 marzo 1995; che risulta altresì appellante avverso sent. Corte assise Caltanissetta 14 aprile 2000, sent. Corte assise Palermo 1° ottobre 2002 e 11 aprile 2001; ricorrente avverso sentenze 10 maggio 2002 Corte assise appello Palermo 29 marzo 2000, Corte assise Caltanissetta 5 agosto 1998, Corte assise appello Caltanissetta 9 novembre 2001, Corte assise appello Reggio Calabria 13 dicembre 2001;

Rilevato che il predetto risulta sottoposto al regime differenziato *ex* art. 41-*bis* l.p. dal 1996:

che il tribunale ritiene 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 perché 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 offre.

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.

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».

«E 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 rispetto al provvedimento impugnato.

L'esigenza di una valutazione sulla base di dati raccolti da una esperienza di lungo periodo, che consenta costanza ed efficacia dagli 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 dover 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 la emanazione del decreto ministeriale, quello sì 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 sì direttamente incidente sulla libertà personale del detenuto.

In un'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 ad una serie di delitti, che il legislatore ritiene in questo particolare momento storico di massimo allarme sociale.

Va apprezzata la 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 novello 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'internato 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.

Il contrasto è altresì ravvisabile con gli artt. 13, secondo comma e 27, comma secondo e terzo 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 rieducative 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 rieducativa 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 con il diritto alla difesa tutelato dall'art. 24 della Costituzione, laddove introduce la previsione della prova negativa del venire 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 regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo del reato oggetto della condanna 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 dei Tribunali di sorveglianza, in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni alle organizzazioni criminali e alle loro attività».

«E 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 giustificare 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 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 interpretativa, 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* l.p. 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 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 ... «la 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 al 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 ..., purché 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 della 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 della 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 Madonia Francesco risulta essere sottoposto al regime differenziato ai sensi dell'art. 41-bis l.p. dal 1996, 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, primo comma, 13, primo e secondo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, 97, primo comma e 113, primo e secondo comma della Costituzione;

Sentito il 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 23 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 26 marzo 2003

Il Presidente: DONATIELLO

N. 705

*Ordinanza del 14 marzo 2003, emessa dal Tribunale di sorveglianza di Napoli
su reclamo proposto da Biondo Salvatore*

Ordinamento penitenziario - Regime carcerario differenziato - Provvedimenti ministeriali di proroga - Condizione: insussistenza della capacità del detenuto o dell'internato 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

Riunito in camera di consiglio per deliberare sulla domanda di Biondo Salvatore nato a Palermo il 5 gennaio 1956 in Palermo detenuto presso l'istituto C.P.S. di Napoli.

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

Sentito il parere conforme del p.g.;

Letti gli atti;

Considerato che Biondo Salvatore 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 28 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 Biondo Salvatore risulta in atti in espiazione di pena in riferimento alla sentenza 10 febbraio 1999 Corte assise Palermo, con condanna all'ergastolo; sentenza 6 aprile 2001 Corte assise Palermo, con condanna all'ergastolo; ricorrente avverso la sentenza 11 dicembre 2002 Corte assise Palermo, condanna all'ergastolo; appellante avverso le sentenze 16 novembre 2001 Corte di assise Palermo, condanna all'ergastolo; ricorrente avverso la sentenza 3 marzo 2001 Tribunale Palermo, condanna 12 anni di reclusione; condanna g.i.p. Palermo del 4 aprile ..., condanna a 18 anni di reclusione; appellante avverso sentenza 29 novembre 2001 Corte assise Palermo, condanna a 30 anni di reclusione; sentenza 31 marzo 2000 Corte assise appello Palermo, condanna ergastolo;

Preso atto che Biondo Salvatore risulta sottoposto al regime differenziato *ex art.* 41-*bis* l.p. dal 1996;

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 perché 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».

«E 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 rispetto al provvedimento impugnato.

L'esigenza di una valutazione sulla base di dati raccolti da una esperienza di lungo periodo, che consenta costanza ed efficacia dagli interventi giustifica la definitività e stabilizzazione della disciplina di cui all'art. 41-*bis* l.p., ritenuta più garantista delle ripetute proroghe 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 dover 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 la emanazione del decreto ministeriale, quello sì 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 sì direttamente incidente sulla libertà personale del detenuto.

In un'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 ad una serie di delitti, che il legislatore ritiene in questo particolare momento storico di massimo allarme sociale.

Va apprezzata la 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 novello 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'internato 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 2 e il comma 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, comma 2, e 27 commi, 2 e 3 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 rieducativa 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 con il diritto alla difesa tutelato dall'art. 24 della Costituzione, laddove introduce la previsione della prova negativa del venire 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 regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo del reato oggetto della condanna 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 dei tribunali di sorveglianza, in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni alle organizzazioni criminali e alle loro attività».

«E 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 giustificare 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 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 l.p. 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 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 ... «la 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 compresso 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 ..., purché 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 visualizzazione 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 Biondo Salvatore risulta essere sottoposto al regime differenziato ai sensi dell'art. 41-*bis* l.p. dal 1996, 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, comma 1, 13, commi 1 e 2, 24, comma 2, 27, comma 3, 97, comma 1 e 113, commi 1 e 2, della Costituzione;

Sentito il 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 23 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 10 marzo 2003

Il Presidente estensore: DI GIOVANNI

N. 706

*Ordinanza del 4 luglio 2003 emessa dalla Corte di cassazione
nel procedimento civile vertente tra Ivan Barbara e Minuto Rizzo Emanuela ed altri*

Filiazione - Filiazione naturale - Dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità - Giudizio preliminare di ammissibilità dell'azione - Irrazionale ed ingiustificata permanenza di un procedimento superato secondo la dottrina, in quanto «inutile doppione» del giudizio di merito - Incidenza sul diritto di azione e di azione e di difesa in giudizio, sul principio di tutela della famiglia anche naturale, nonché sul principio della ragionevole durata del processo.

- Codice civile, art. 274.
- Costituzione artt. 2, 3, commi primo e secondo, 24, 30 e 111.

LA CORTE DI CASSAZIONE

Ha pronunciato al seguente ordinanza interlocutoria sul ricorso proposto da Ivan Barbara, elettivamente domiciliata in Roma, via del Viminale n. 43, presso l'avvocato Fabio Lorenzoni, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Luigi Ronfini, giusta mandato in calce al ricorso, ricorrente;

Contro: Minuto Rizzo Emanuela, Minuto Rizzo Alessandro, Cherry Joanne Margaret, Cherry Mary e Cherry Patricia Adrienne, elettivamente domiciliati in Roma, viale Regina Margherita n. 244, presso l'avvocato Emilio Rinaldi, che li rappresenta e difende, giusta procura a margine del controricorso, controricorrente;

Avverso la sentenza della Corte d'appello di Venezia, depositata il 7 febbraio 2002 (n. 196/02).

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 24 giugno 2003 dal consigliere dott. Mario Rosario Morelli;

Udito per il ricorrente l'avvocato Loria per delega dell'avvocato Lorenzoni che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

Udito per il resistente l'avvocato Rinaldi che ha chiesto il rigetto del ricorso;

Udito il p.m. in persona del sostituto procuratore generale dott. Aurelio Golia che ha concluso per il rigetto del ricorso;

Ritenuto in fatto

Che, con sentenza del 7 febbraio 2002, la Corte di appello di Venezia confermava la decisione del Tribunale di Treviso (n. 127/01) con la quale erano state dichiarate «improponibili» sia l'azione di merito, *ex* art. 269 c.c. — proposta da Ivan Barbara nei confronti delle sorelle Cherry, quale uniche eredi viventi dei genitori del premorto Richard Cherry, che l'attrice intendeva far riconoscere come proprio padre naturale — sia le connesse azioni di petizione di eredità e di riduzione per lesione di legittima proposte, anche nei confronti di Alessandro ed Emanuela Minuto (oltreché di altri soggetti nei cui confronti l'azione era stata poi rinunziata), dalla medesima Ivan, nella dichiarata qualità di erede, in rappresentazione del (riconoscendo) padre, in relazione alla successione dei di lui genitori.

che in motivazione della riferita statuizione, la Corte veneziana rilevava in premessa che — in conseguenza dell'intervenuta cassazione (con sentenza n. 9033/1997), per violazione del principio del contraddittorio necessario, del precedente decreto di ammissibilità dell'azione *ex* art. 269 c.c. — si era «formato un giudicato» sulla inanimità dell'azione stessa;

che da tale premessa la stessa Corte traeva appunto, il duplice corollario: *a)* della improponibilità, per un verso, dell'azione di merito volta alla dichiarazione di paternità, per essere «venuto meno il presupposto processuale per dar corso al correlativo giudizio di accertamento»; *b)* della improponibilità consequenziale anche delle ulteriori connesse azioni basate sulla qualità di erede di Richard Cherry [ed in rappresentazione di lui, presupponenti quel rapporto di filiazione della Ivan il cui accertamento era ormai a lei precluso];

che sempre in ragione del suddetto giudicato negativo sulla ammissibilità *ex art.* 274 c.c., i giudici *a quibus* negavano ingresso «per irrilevanza» alla eccezione di incostituzionalità della norma stessa, argomentando che «l'eventuale intervento ablativo della Corte costituzionale non avrebbe potuto aver effetto nella causa in corso», stante appunto l'irreversibilità dell'accertamento sulla inammissibilità dell'azione per dichiarazione di paternità;

che avverso tale sentenza Barbara Ivan ha proposto ricorso per cassazione, cui resistono, con controrricorso le Cherry;

che entrambe le parti hanno depositato memorie;

che, con l'odierna impugnazione la ricorrente ha reintrodotto la questione di costituzionalità del citato art. 274 c.c., censurando la Corte territoriale per averne (a torto) escluso la rilevanza e non deliberato la non manifesta infondatezza in relazione ai parametri di cui agli artt. 2, 3, 24 e 30 della Costituzione.

Considerato in diritto

Che hanno effettivamente errato i giudici *a quibus* nell'escludere la rilevanza delle questioni di costituzionalità del procedimento di delibazione preliminare *sub art.* 274 c.c. in ragione di un preteso giudicato (negativo) già formatosi sull'ammissibilità dell'azione. E ciò sia perché la sentenza di questa Corte, n. 9033/1997, che detto giudicato, secondo quei giudici, avrebbe determinato, ha bensì cassato il precedente decreto di ammissibilità (per violazione del principio di integrità del contraddittorio, appunto), ma ciò ha fatto «con rinvio al primo giudice» (per l'integrazione del contraddittorio), lasciando così aperto il giudizio *ex art.* 274 c.c. senza formazione, quindi, di alcun giudicato sul punto; sia perché comunque, per consolidata giurisprudenza, ove pur definitivo, il provvedimento di inammissibilità «non precluderebbe la riproposizione della domanda sulla base di circostanze ed elementi nuovi» (*cfr.* Cass. 7674/02 da ultimo): sia, infine, perché (e l'argomento è assorbente) l'eliminazione del procedimento preliminare di ammissibilità dell'azione, oggetto dell'auspicata pronuncia costituzionale caducatoria, «è inderogabilmente, in ogni caso, rilevante ai fini della rimozione della declaratoria di improponibilità della domanda di accertamento per difetto del «presupposto processuale» di quella statuizione preliminare, come adottata dalla Corte veneziana e della quale viene qui, appunto, chiesta la cassazione;

che le riferite questioni di costituzionalità dell'art. 274 c.c., oltretutto rilevanti sono altresì non manifestamente infondate, sia in relazione ai paramentri (art. 2, 3 e 24, 30) all'uopo invocati dalla ricorrente, sia in riferimento a quelli della ragionevolezza intrinseca della legge, *sub art.* 3 cpv., e della «ragionevole durata del processo», di cui al novellato art. 111 Cost., che questo Collegio ritiene di individuare *ex officio*;

che è opportuno, in premessa, sottolineare che le suddette questioni non possono ritenersi coperte dalla sentenza costituzionale n. 621 del 1987 — che ha dichiarato «inammissibili» quesiti di legittimità dell'art. 274 c.c. in relazione agli artt. 2 e 30 Cost., a suo tempo sollevati da questa stessa Corte, in quanto «si appunta[va]no contro il modo con cui il giudizio preliminare è stato ristrutturato», così censurando una «scelta costituente espressione insindacabile della discrezionalità del legislatore» — atteso che le odierne questioni, viceversa, attengono, come meglio si dirà, non a specifici profili disciplinatori di quel procedimento, ma al fatto in sé della sua previsione e, dunque, mirano non ad una sua diversa conformazione bensì alla radicale sua rimozione

che, per tal profilo, neppure è però ostativo il richiamo alla precedente sentenza n. 70 del 1965, là dove questa ha ritenuto che la previsione legislativa contenuta nell'art. 274 cit., di un giudizio di delibazione preliminare della domanda non contrasti, in linea di principio, con il canone costituzionale per cui tutti possono agire in giudizio, in considerazione della libertà, riconosciuta al legislatore, di stabilire nei singoli casi, e in vista di peculiari esigenze che questi rappresentino le modalità di esercizio anche limitative del diritto di difesa, ove comunque ne sia garantita l'esplicazione;

che, infatti, ciò di cui ora dubita questo collegio è che quel limite che nel 1965 il giudice delle leggi ebbe a ritenere compatibile con il diritto di azione del figlio naturale, a distanza di molti decenni — in ragione sia delle diverse connotazioni che, per sopravvenute modifiche normative ed evoluzione giurisprudenziale, lo stesso ha assunto, sia del venir meno delle esigenze ed istanze a presidio delle quali esso era stato introdotto — possa risultare ingiustificatamente comprensivo, in termini di effettività, dei valori sostanziali in gioco, e viziato, altresì per

eccesso di potere legislativo, in ragione della sua irragionevolezza intrinseca oltre che difficilmente compatibile — per il profilo più strettamente processuale — con il canone del «giusto processo», in relazione all'essenziale suo aspetto della «ragionevole durata»;

che ben vero — posto che la *ratio* del giudizio preliminare di ammissibilità *sub* art. 274 c.c. è pacificamente quella di evitare la proposizione di azioni temerarie od infondate con intenti meramente ricattatori o vessatori nei confronti del preteso genitore, al qual fine appunto era stato predisposto un vaglio preventivo della domanda con procedimento strutturato in modo da garantire la segretezza della indagine — pare innegabile allora che ad una siffatta *ratio* non sia sostanzialmente più rispondente l'istituto deliberativo, così come attualmente disciplinato.

In quanto — dopo la legge n. 1047/1971 che ha modificato la norma in questione (secondo le indicazioni della stessa già citata sentenza n. 70/67) e dopo la riforma del diritto di famiglia, che ha tra l'altro sancito l'imprescrittibilità dell'azione per dichiarazione giudiziale di paternità, nonché per effetto dell'evoluzione giurisprudenziale che ha accentuato il carattere contenzioso del procedimento ed ammesso la ricorribilità in cassazione del provvedimento correlativo di secondo grado — la segretezza dell'indagine, di gran lunga attenuata nella fase di merito, è totalmente venuta meno nella fase di legittimità (che può riaprire quella di merito, sempre solo deliberativa, a carte ormai scoperte), stante la pubblicità dell'udienza innanzi alla Corte di cassazione, la quale porta inevitabilmente a conoscenza della generalità dei cittadini proprio quegli elementi di fatto che l'art. 274 vorrebbe sottrarre alla conoscenza pubblica, con la conseguenza ulteriore che la (anch'essa ormai pacificamente ammessa) reiterabilità, senza alcun limite temporale, della domanda di ammissibilità, sulla base di elementi ulteriori rispetto a quelli in presenza dei quali l'ammissibilità sia stata in precedenza negata, finisce paradossalmente con l'aggravare, anziché tutelare, la posizione del convenuto, lasciandolo esposto, a tempo indeterminato, a nuove chiamate in giudizio *ex* art. 274 c.c., mentre in caso di rigetto della domanda direttamente nel giudizio di merito egli sarebbe definitivamente cautelato dal giudicato di accertamento negativo della sua pretesa paternità.

che ciò, appunto, autorizza il sospetto di violazione dell'art. 3 cpv. Cost. in termini di «eccesso di potere legislativo», per irrisolvibile contraddizione intrinseca della norma denunciata con gli obiettivi che la stessa si pone;

che non parrebbe, del resto, potersi a ciò opporre che l'art. 274 in esame attui la previsione costituzionale di «limiti alla ricerca della paternità» di cui all'ultimo comma dell'art. 30 Cost., poiché quei «limiti» (per altro solo eventuali) possono propriamente attenere ai presupposti sostanziali ed alle condizioni dell'accertamento della filiazione naturale — per assicurarne quella «compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima», di cui al precedente comma terzo della stessa norma — e non già risolversi in aggravii processuali all'accertamento stesso;

che dunque, venuta meno, per quanto detto, la funzione di cautela nei confronti del convenuto, fin qui assolta dal procedimento preliminare *ex* art. 274 c.c., effettivamente sembra residuarne non altro che un obiettivo, non giudicabile, effetto di ostacolo alla tutela dei figli naturali ed a quei diritti allo *status* ed alla «identità biologica» che la coscienza sociale avverte come essenziali alla realizzazione della persona. Dal che il dubbio, appunto, di violazione dell'art. 30, comma 1, e dell'art. 2 della Costituzione (quale norma «aperta» alla recezione dei «nuovi diritti» inviolabili della persona);

che non manifestamente infondata, per altro verso, pare anche l'ipotesi di violazione del precetto dell'equaglianza, una volta che limiti analoghi a quelli in vigore per l'accertamento della paternità naturale non sono previsti per la corrispondente azione, diretta, di accertamento della paternità legittima, con la conseguenza che viene a realizzarsi, ai fini del conseguimento del proprio *status*, una disparità di trattamento tra figli di genitori non coniugati, o coniugati, dipendente da un fatto accidentale o comunque estraneo alla volontà del figlio, quale il matrimonio dei genitori;

che, infine, nella prospettiva, soprattutto, del «giusto processo», non sembra a questo Collegio privo di consistenza il dubbio che un procedimento preliminare come quello deliberativo *sub* art. 274 c.c. — un procedimento che, da oltre un trentennio, la dottrina, pressoché unanimemente, definisce come un «ramo secco», «un inutile doppione» del giudizio di merito; un procedimento che il legislatore ha più volte manifestato (anche se non attuato) l'intenzione di abrogare e che comunque allontana, inevitabilmente e notevolmente, nel tempo

l'accertamento di fondamentali *status* e diritti della persona — possa coniugarsi con il canone della «ragionevole durata del processo», di cui al novellato art. 111 della Costituzione, oltre che all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui l'Italia si è impegnata a dare concreta attuazione;

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost. e 23 e ss. legge 11 marzo 1953, n. 87, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 274 cod. civ. — per violazione degli artt. 2, 30, comma primo; 3, comma secondo, 3, comma primo, in relazione all'art. 24 e 111 della Costituzione — come sopra motivata.

Dispone l'immediata trasmissione dei relativi atti alla Corte costituzionale e sospende il presente procedimento sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Dispone che la presente ordinanza sia notificata a cura della cancelleria al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Roma il 24 giugno 2003.

Il Presidente: OLLA

Il consigliere relatore: MORELLI

03C0996

N. 707

*Ordinanza del 9 maggio 2003 emessa dal Tribunale di Orvieto
nel procedimento penale a carico di Salticchioli Riccardo ed altri*

Processo penale - Dibattimento - Mutamento del giudice persona fisica - Mancata previsione dell'acquisizione degli atti formati durante la precedente fase dibattimentale «nei casi in cui questi vengano reputati irripetibili sia in senso proprio che improprio» - Mancata previsione della utilizzabilità di tali atti per le contestazioni di cui all'art. 500 cod. proc. pen. - Disparità di trattamento tra situazioni analoghe - Lesione del diritto di difesa - Violazione dei principi del giusto processo, della parità tra le parti e della ragionevole durata del procedimento.

- Cod. proc. pen., artt. 500, 541 (*recte*: 511), 541-*bis* (*recte*: 511-*bis*), 514 e 525, comma 2.
- Costituzione, artt. 3, 24 e 111.

IL TRIBUNALE

All'udienza del 9 maggio 2003, nel procedimento n. 130/2001 RGNR, n. 250/2002 RG a carico degli imputati Salticchioli Riccardo, Angelova Ivanova Irena, Catanesi Lucio, ha pronunciato la seguente ordinanza

Narrazione del fatto

Va preliminarmente ricordato che il presente procedimento, nella fase dibattimentale tuttora in atto, ha mutato organo giudicante in quanto l'originario, giudice, dott. Carlo Maria Zampi, ha lasciato la sede del tribunale di Orvieto e, in questo procedimento, è stato sostituito dal giudice onorario avv. Marco Di Tullio.

Non essendo intervenuto accordo per l'acquisizione degli atti posti in essere alla presenza del precedente giudice, respinte alcune eccezioni in merito, il giudice attuale ha ordinato la ripetizione di tutti gli atti travolti dalla nullità di cui all'art. 525 n. 2 cod. proc. pen.

La difesa degli imputati ha invocato allora questione di legittimità costituzionale rispetto alle norme degli artt. 238, 511, 511-*bis*, 514, 525 cod. proc. pen. in relazione agli artt. 3, 24, 25, 97, 101, 111 della Costituzione in quanto, come verrà poi meglio specificato, alcuni aspetti delle prove formatesi nel corso della fase precedente del dibattimento andrebbero irrimediabilmente persi in seguito alle nullità di cui sopra, con pregiudizio dei diritti della difesa ed altre violazioni rispetto al dettato costituzionale.

Il pubblico ministero replicava negando la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, in particolare ricordando che è l'intento stesso di introdurre nel dibattimento solo prove genuine e formatesi per la prima volta in tale fase processuale, alla presenza del giudice, a sancire le disposizioni delle norme impugnate dalla difesa degli imputati, in pieno ossequio con le norme costituzionali in merito al giusto processo e ai diritti della difesa.

D I R I T T O

La questione di legittimità costituzionale sollevata in merito alle norme in oggetto assume effettiva rilevanza rispetto al combinato disposto degli artt. 525 n. 2, 511, 511-*bis*, 514 cod. proc. pen., che vieta in ogni qualsiasi caso l'acquisizione e/o la Lettura degli atti svoltisi in quella parte del dibattimento a cui abbiano partecipato giudici differenti da quelli che concorrono alla deliberazione della sentenza. A tali norme si aggiunge anche quella dell'art. 500 cod. proc. pen., riguardante i verbali di prove assunte fuori dal dibattimento ed utilizzabili in istruttoria per le contestazioni ai testimoni, che questo giudice solleva d'ufficio.

La possibile censura costituzionale su tali norme insiste eminentemente su due differenti questioni:

inutilizzabilità degli atti posti in essere dal primo giudice del dibattimento qualora questi atti siano divenuti per alcuna ragione irripetibili;

inutilizzabilità di tali atti ai fini della contestazione ai testimoni *ex art.* 500 cod. proc. pen.

1. — Per l'irripetibilità degli atti posti in essere dal precedente giudice del dibattimento, si deve prendere in considerazione sia una fattispecie propria e diretta, sia una da intendere in senso indiretto.

Nel caso di irripetibilità in senso proprio e diretto — vale a dire quella prevista dall'art. 512 e/o dall'art. 238 n. 3 cod. proc. pen. — è possibile individuare una ingiustificabile differenza con la disciplina degli altri atti considerati irripetibili acquisiti fuori del dibattimento, dato che l'atto acquisito alla presenza del precedente giudice del dibattimento è comunque acquisito con il massimo delle garanzie, di fronte ad un giudice in perfetto contraddittorio. In altre parole, qualora l'atto *de quo* sia da considerarsi irripetibile; non esiste ragione per cui non possa essere acquisito al dibattimento (nella nuova composizione) come accade per ogni altro atto di tale specie.

È necessario porsi anche il caso di una irripetibilità che potrebbe essere definita «indiretta» e/o impropria, consistente in tutti quei casi in cui la prova acquisita nel dibattimento possa si essere materialmente acquisita di nuovo, ma in circostanze o con modalità necessariamente differenti e non perfettamente ripetibili rispetto a quelle occorse in occasione della fase dibattimentale tenutasi innanzi al «vecchio» giudice. Ne fa menzione la seconda parte dell'art. 512 cod. proc. pen.

La *ratio* stessa della norma dell'art. 525 n. 2 cod. proc. pen. suggerisce una considerazione di tale «irripetibilità indiretta», dal momento che tale disposizione tende a salvaguardare l'ingenuità della prova e la presenza fisica del giudice al momento della sua formazione in contraddittorio, specie se consistente in una testimonianza o in un interrogatorio.

Se ciò corrisponde al vero, l'ipotesi di una irripetibilità di alcune situazioni e circostanze che hanno portato alla formazione della prova in quel preciso ambito spazio temporale del dibattimento — che potrebbero non potersi più ripetere anche materialmente una seconda volta in quelle stesse circostanze — non può essere negletta.

Si prenda ad esempio il caso di una dichiarazione da parte del testimone (o di una confessione da parte dell'imputato) ottenuta attraverso la perizia dialettica dell'interrogante e grazie al cosiddetto «effetto sorpresa», tale da stimolare nel teste una risposta che altrimenti non avrebbe dato; condizione peraltro non infrequente nel sistema della Cross examination: se ripetuta una seconda volta, tale circostanza non verrebbe più a ripetersi e, magari, il teste potrebbe scegliere di rispondere in modo differente e meno significativo.

Oppure ci si ponga il problema del passaggio del tempo, che può cancellare ricordi nel teste o nella parte, così da portare l'uno o l'altro a non ripetere nella stessa maniera e con la stessa fedeltà (ovvero con la stessa efficacia paraverbale) ciò che aveva affermato la prima volta in cui venne interrogato durante il dibattimento.

Ne il giudice potrebbe cogliere l'originario aspetto paraverbale, somatico e non puramente linguistico contenuto nella risposta del teste o della parte.

In tali casi di irripetibilità — propria o impropria che sia — qualora il giudice la reputasse tale, la vecchia prova ottenuta nella fase dibattimentale celebratasi alla presenza del primo giudice del dibattimento dovrebbe essere recuperata attraverso l'acquisizione dei verbali, del resoconto stenografico stilato durante il dibattimento e in particolare delle cassette fonoregistrate.

Ciò, proprio in virtù delle seguenti norme costituzionali:

art. 3, in quanto situazioni di eguale portata vengono disciplinate in modo differente e lesivo dei diritti delle parti del processo;

art. 24 in quanto lo stato sopra rilevato può comunque compromettere il diritto alla piena difesa dell'imputato;

art. 111 in quanto lo stato sopra rilevato è inconciliabile con il concetto stesso di giusto processo, delle condizioni di parità tra le parti e persino con il diritto alla ragionevole durata del procedimento.

1. — Per quanto riguarda l'inutilizzabilità degli atti *de quibus* ai fini della contestazione ai testimoni *ex* art. 500 cod. proc. pen., appare del tutto illogico — anche a non voler considerare l'ipotesi di cui sopra di integrare recepimento nella nuova fase dibattimentale — che questa non sia permessa.

L'art. 500 cod. proc. pen., infatti, permette una simile condotta anche in presenza di atti acquisiti al fascicolo del, p.m. con garanzie di gran lunga minori rispetto a quelle occorse nel formare la prova durante il dibattimento, anche se alla presenza del «vecchio» giudice.

Dunque, quantomeno dovrebbe essere possibile effettuare, con i verbali della fase dibattimentale posta nel nulla dal cambiamento di giudice, una contestazione.

Anche in questo caso, il contrasto con la norma costituzionale si concreta rispetto alle seguenti disposizioni:

art. 3, in quanto situazioni di eguale portata vengono disciplinate in modo differente e lesivo dei diritti delle parti del processo;

art. 24 in quanto lo stato sopra rilevato può comunque compromettere il diritto alla piena difesa dell'imputato;

art. 111 in quanto lo stato sopra rilevato è inconciliabile con il concetto stesso di giusto processo, delle condizioni di parità tra le parti e persino con il diritto alla ragionevole durata del procedimento.

P. Q. M.

Il giudice, visti gli art. 3, 24 e 111 della Costituzione; 238, 500, 511, 511-bis, 512, 514, 525 cod. proc. pen. n. 23 legge n. 87/1953;

1) Dichiarare non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle difese degli imputati rispetto agli artt. 500, 541, 541-bis, 514 e 525 n. 2 cod. proc. pen., in relazione agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione:

a) nella parte in cui non prevedono che gli atti formati durante la conduzione del dibattimento da parte di un giudice (o collegio giudicante) in seguito mutato di composizione possano di nuovo essere acquisiti al dibattimento nei casi in cui questi vengano reputati irripetibili, sia in senso proprio che improprio;

b) nella parte in cui non prevedono che gli atti formati durante la conduzione del dibattimento da parte di un giudice (o collegio giudicante) in seguito mutato di composizione possano essere usati per le contestazioni di cui all'art. 500 cod. proc. pen.;

2) ordina la trasmissione del presente procedimento e l'invio del relativo fascicolo alla Corte costituzionale affinché definitivamente si pronunci sulla anzidetta questione di legittimità costituzionale;

3) manda il fascicolo in cancelleria per l'espletamento delle relative incombenze previste dalla legge e, in particolare, per la trasmissione di copia al Presidente del Consiglio dei ministri e ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

4) ordina la sospensione del presente procedimento sino alla pronuncia della Corte.

Il giudice onorario: DI TULLIO

N. 708

*Ordinanza del 25 giugno 2003 emessa dal Tribunale di Padova
nel procedimento penale a carico di Khamsane El Mostafa*

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 - Convalida - Rito direttissimo - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione del principio di uguaglianza - Carenza del requisito della necessità ed urgenza per l'adozione da parte della polizia giudiziaria di provvedimenti provvisori destinati ad incidere sulla libertà personale - Violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione - Contrasto con il principio della ragionevole durata del processo.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 5-*quinquies*, aggiunto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.
- Costituzione, artt. 2, 3, 13, comma terzo, 97, primo comma e 111, comma secondo.

IL TRIBUNALE

Ha emesso la seguente ordinanza.

Visti gli atti relativi all'arresto di Khamsane El Mostafa, nato in data 1° gennaio 1969 a Khourigba (Marocco), arrestato in Padova il 24 giugno 2003 in relazione al reato di cui all'art. 14 comma 5-*ter* del decreto legislativo 286 del 1998, perché senza giustificato motivo si tratteneva nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore di Modena con provvedimento in data 14 febbraio 2003 che disponeva di lasciare il territorio nazionale entro il termine di 5 giorni; sentita la relazione del carabiniere Bruni che ha operato l'arresto, sentito l'imputato presente ed in grado di comprendere la lingua italiana, il pubblico ministero e la difesa; osservato in fatto che l'imputato è stato colto nella flagranza del reato, nonostante l'atto notificatogli in data 14 febbraio 2003 e nonostante la circostanza, obiettivamente accertata durante l'interrogatorio, che l'imputato ben avesse compreso il contenuto del precetto intimatogli e non avesse di fatto giustificato motivo per trattenersi nel territorio dello Stato; considerato che l'arresto era obbligatorio per disposizione di legge; tenuto conto del rispetto dei termini di cui gli artt. 386 e 390 (codice di procedura); considerato che alla luce di tutto questo, stando alla disposizione normativa correrebbe l'obbligo di convalidare l'arresto; che tuttavia vanno svolte che seguenti considerazioni ritenendo le stesse rilevanti e non manifestamente infondate, osserva quanto segue.

Questo giudice non ritiene di poter convalidare l'arresto di Khamsane El Mostafa poiché il disposto dell'art. 14 comma 5-*quinquies* del decreto legislativo n. 286/1998 come inserito dalla cosiddetta legge Bossi-Fini, nella parte in cui introduce nell'ordinamento una nuova figura di arresto obbligatorio il flagranza, appare in conflitto con le norme costituzionali in appresso indicate.

1. — Violazione degli artt. 2 e 3 della Costituzione.

La previsione di un arresto obbligatorio in flagranza in riferimento ad un reato di mera natura contravvenzionale, come si desume dal tipo di sanzione predisposta, appare confliggere con il principio di ragionevolezza e di uguaglianza affermato dalla norma costituzionale di cui all'art. 3, non trovando alcuna apprezzabile giustificazione nell'ambito dei principi generali della sistematica processuale, che fra l'altro disciplinano tale provvedimento restrittivo ponendolo in esclusiva correlazione con illeciti penali aventi natura delittuosa (*cfr.* artt. 380 e 381 codice di procedura penale) e contraddistinti da una elevata pericolosità sociale, così come del resto era stato enunciato esplicitamente dalla direttiva n. 32 dell'art. 2 della legge delega 16 febbraio 1987 n. 81 per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, laddove per l'appunto tale obbligatorietà era stata circoscritta la sola materia di delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a 5 anni e consentiva l'arresto facoltativo — avuto riguardo a speciali esigenze di tutela della collettività — esclusivamente per quei delitti che apparissero connotati da particolare gravità oggettiva o da particolare pericolosità del soggetto agente. Analogamente si dica per le altre ipotesi in cui il legislatore ha reputato di introdurre, attraverso normative speciali, ipotesi di arresto obbligatorio anche al di fuori dei casi di flagranza, ma sempre ed esclusivamente con riferimento a fattispecie delittuose e improntate da particolare gravità e soprattutto finalizzate alla imprescindibile necessità di celebrare in via immediata il giudizio e comunque tese a favorire l'immediata applicazione di misure cautelari personali. Per contro nel caso di specie essendo per esplicito dato normativo (*cfr.* art. 273 e seguenti codice di procedura)

del tutto preclusa nel caso di specie l'applicazione di misure cautelari e difettando come sopra evidenziato il carattere di gravità dell'illecito penale sotto un profilo sanzionatorio, appare violato il paradigma dell'uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione a fronte della cogenza dell'arresto di chi sia imputato della fattispecie in esame.

2. — Violazione dell'art. 13 comma terzo Costituzione.

L'arresto obbligatorio nella flagranza della contravvenzione in oggetto non sembra, inoltre, rispettare la riserva di legge imposta da tale principio costituzionale poiché non rientra nei casi eccezionali di necessità ed urgenza ai quali è sempre subordinata la restrizione della libertà della persona in particolare per effetto di provvedimenti provvisori dell'autorità di pubblica sicurezza (qual è un arresto) che debbono essere comunicati e successivamente ratificati dall'autorità giudiziaria entro un termine perentorio. In vero se si considera che nei confronti dello straniero che non abbia ottemperato all'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato non è consentita, né dal codice di procedura penale né dal testo unico sull'immigrazione, l'applicazione di alcuna misura cautelare di carattere personale, tantomeno di natura coercitiva riesce arduo riconoscere un qualsiasi connotato di necessità nel suo arresto in flagranza essendo evidente che in intanto l'arresto in flagranza di reato ad opera della polizia giudiziaria si giustifica in quanto lo stesso sia preordinato all'eventuale applicazione da parte del giudice della misura predetta. Di talché sembrerebbe essere addirittura obbligatorio per il pubblico ministero informato dell'intervenuto arresto disporre l'immediata liberazione del soggetto ai sensi del vigente art. 121 disposizioni di attuazione codice di procedura; né tale necessità è dato ancora poter desumersi dalla immediata instaurazione del giudizio direttissimo obbligatorio richiesto dall'art. 14 comma 5-*quinquies* testo unico citato, per la semplice ragione per nei casi in esame tale giudizio dovrebbe essere celebrato a tutto concedere dopo la necessaria liberazione dell'arrestato resa comunque doverosa dalla impossibilità per pubblico ministero di richiedere al giudice l'emanazione di una misura cautelare di carattere custodiale e comunque personale, salvo restando per il giudicabile il diritto di chiedere un termine a difesa.

Neppure è dato ravvisare nell'arresto obbligatorio nella flagranza della contravvenzione *de qua* il requisito dell'urgenza, poiché sarebbe una forzatura indebita ritenere che tale arresto sia pragmaticamente finalizzato a rendere possibile l'immediata espulsione dell'arrestato da effettuarsi mediante il suo accompagnamento alla frontiera, potendo (come è noto) tale espulsione — ove in ipotesi ne sussistano i presupposti amministrativi e burocratici — essere *ipso facto* posta in essere dalla polizia subito dopo aver sorpreso lo straniero inottemperante all'ordine di espatrio. Per altro verso non si può negare che difetti il carattere dell'urgenza anche a fronte di un ulteriore ordine di considerazioni: come è noto, proprio a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 189 del 2002, l'espulsione è sempre eseguita a mezzo di accompagnamento alla frontiera con la forza pubblica (*cf.* art. 13 comma 4 decreto legislativo n. 286/1998) ad eccezione dei casi di cui al comma 5 della medesima norma.

Pertanto le ipotesi in cui lo straniero sia destinatario della intimazione a lasciare il territorio dello Stato sono esattamente quelle in cui non è possibile operare immediatamente l'accompagnamento alla frontiera, nella maggior parte dei casi per la carenza dei documenti di identificazione dell'imputato e quindi per la pratica impossibilità di destinarlo al paese d'origine. Ne consegue che l'arresto obbligatorio dei predetti cittadini non vale a favorire una loro diretta apprensione prodromica ad una successiva ed immediata espulsione tramite accompagnamento alla frontiera per la semplice ragione che i medesimi cittadini *ab* inizio non erano nella condizione di essere in tal modo direttamente espulsi. L'arresto obbligatorio in flagranza ed il successivo giudizio direttissimo valgono dunque solo quali meccanismi sanzionatori, peraltro blandi come si è visto a fronte del tipo di sanzione individuata e dei termini prescrizionali conseguenti, ma a nulla valgono sotto un profilo special preventivo e tanto meno sotto un profilo cautelare posto che, come si è già più volte ripetuto, non è praticabile la via dell'adozione della misura cautelare personale. La conseguenza è che a seguito di tali arresti, che richiedono un significativo impegno di personale delle forze dell'ordine oltre che di attività giurisdizionale, si celebrano processi al termine dei quali gli imputati vengono immediatamente rilasciati e semmai nuovamente resi destinatari di analoghi provvedimenti di intimazione. Tutto ciò porta inevitabilmente a ritenere che l'arresto in flagranza dello straniero inottemperante altro non sia, in concreto, che un provvedimento inutile, ponendosi per ciò come tale in insanabile contrasto con i presupposti di necessità ed urgenza che sempre, ai sensi dell'art. 13 comma terzo citato della Costituzione, debbono essere sottese ad un simile provvedimento restrittivo della libertà personale.

3. — Violazione degli artt. 97 comma primo e 111 comma secondo della Costituzione.

L'introduzione obbligatoria del giudizio direttissimo entro le 48 ore di cui l'art. 449 comma primo codice di procedura (comprensivo cioè del giudizio sulla convalida dell'arresto) per tutti i casi di arresto obbligatorio in flagranza conseguenti alla violazione dell'art. 14 comma 5-*ter* decreto legislativo n. 286/1998 determina significative conseguenze sul funzionamento degli uffici giudiziari e sull'utilizzo delle risorse degli uffici amministrativi, come è agevole desumere dall'esperienza dell'ultimo anno, determinando di fatto senza alcun raggiungimento di significativi risultati né in termini di prevenzione, né in termini di repressione, un parallelo aggravamento del già diffi-

cile funzionamento dell'attività giurisdizionale, sotto un profilo di appesantimento dei ruoli dei processi: situazione questa che si traduce in un immediato, costante, sensibile e destinato a non decrescere pregiudizio per il corretto andamento della pubblica amministrazione tutelato dalla norma costituzionale in questione, con danno per l'intera collettività e ulteriore lesione al principio costituzionale recentemente introdotto circa la ragionevole durata dei processi.

Gli argomenti esposti sono a parere di questo giudice idonei a far ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5-*quiquies* decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, così come modificato dalla legge 26 agosto 2002 n. 189, in relazione alla prospettata violazione degli artt. 2, 3, 13 comma 3, 97 comma primo e 111 comma 2 della Costituzione.

Ciò comporta la sospensione del giudizio di convalida dell'arresto di Khamsane El Mostafa del quale, se non detenuto per altra causa, è da ordinarsi contestualmente l'immediata liberazione dati i termini previsti per legge ai fini della valida adozione di un provvedimento di convalida dell'arresto, termini che la presente sospensione non consente di rispettare, e dovendo comunque per legge la convalida precedere l'eventuale applicazione di misura cautelare, che peraltro il pubblico ministero nel caso di specie non potrebbe mai richiedere per carenza di presupposti normativi.

La rilevanza della presente decisione e in *re ipsa* poiché da un lato la mancanza di decisione sulla convalida dell'arresto entro i termini previsti dall'art. 391 comma 7 codice di procedura penale comporta la perdita di efficacia dell'arresto e dall'altro la persistenza del procedimento di convalida dell'arresto nonostante la liberazione dell'arrestato, rende evidente l'interesse generale ad una pronuncia sulla legittimità dell'arresto in esame, trattandosi di stabilire — come ha motivato il giudice delle leggi con sentenza 54 del 16 febbraio 1993 — se la liberazione dell'arrestato debba considerarsi conseguente all'applicazione dell'art. 391 comma 7 codice di Procedura ovvero, più radicalmente alla caducazione con effetto retroattivo della disposizione in base alla quale l'arresto fu eseguito.

P. Q. M.

*Visti gli artt. 134 della Costituzione, 23 e seguenti legge 11 marzo 1953 n. 87, il tribunale solleva d'ufficio questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-*quiquies*, decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, inserito dalla legge 26 agosto 2002, n. 189, nella parte in cui dispone che per il reato previsto dall'art. 14, comma 5-*ter*, decreto legislativo citato è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto e che si proceda con rito direttissimo, per violazione degli artt. 2, 3, 13, comma 3, 97, comma 1, e 111, comma 2, della Costituzione, come sopra motivato.*

Dispone la trasmissione degli atti del procedimento alla Corte costituzionale.

Ordina l'immediata liberazione di Khamsane El Mostafa nato in data 1° gennaio 1969 a Khourigba Marocco, domiciliato presso l'avvocato Giuseppe Pavan del Foro di Padova, se non detenuto per altra causa.

Sospende il giudizio di convalida dell'arresto sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Manda alla cancelleria per la notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché per la comunicazione ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati.

Padova, addì 25 giugno 2003

Il giudice: FORTUNA

N. 709

*Ordinanza del 25 giugno 2003 emessa dal g.u.p. del Tribunale per i minorenni di Palermo
nel procedimento penale a carico di G.E.D.*

Processo penale - Procedimento a carico di imputato minorenne - Udienza preliminare - Possibilità per il giudice di pronunciare, in mancanza del consenso dell'imputato, nel preminente interesse del minore, sentenza di proscioglimento per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto - Mancata previsione - Irragionevolezza - Contrasto con le esigenze di rieducazione e di tutela del minore, nonché con le norme internazionali in materia.

- D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, art. 32, comma 1.
- Costituzione, artt. 3, 10, 27, comma terzo, 31, comma secondo e 111.

Processo penale - Procedimento a carico di imputato minorenne - Udienza preliminare - Contumacia o irreperibilità dell'imputato - Possibilità per il giudice di pronunciare, in mancanza del consenso dell'imputato, sentenza di proscioglimento per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto, per la impossibilità di natura oggettiva ad acquisire il consenso - Mancata previsione - Contrasto con il principio secondo cui la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per impossibilità di natura oggettiva.

- D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, art. 32, comma 1.
- Costituzione, artt. 111, comma quarto (*recte* comma quinto).

IL GIUDICE PER L'UDIENZA PRELIMINARE

Ha emesso la seguente ordinanza.

Considerato che il g.u.p. in sede, su richiesta di rinvio a giudizio del p.m., emetteva il decreto di fissazione dell'udienza preliminare nei confronti di G.E.D. di C, nato a Nuernberg (D) il 3 gennaio 1985 e ivi residente ed elettivamente domiciliato presso l'abitazione del nonno G.V. in Santa Caterina Villarmosa, imputato dei reati di cui agli artt. 110, 347 comma 2, 699 c.p., meglio specificati nella richiesta di rinvio a giudizio.

Rilevato che all'odierna udienza, celebrata nella contumacia dell'imputato, non poteva essere acquisito il consenso del prevenuto alla definizione del procedimento previsto dall'art. 32 comma 1 d.P.R. n. 448/88 come novellato dall'art. 22 legge n. 63/2001 e che il p.m. chiedeva il rinvio a giudizio dell'imputato e la difesa non doversi procedere per irrilevanza del fatto ed in subordine per concessione del perdono giudiziale.

Considerato, infatti, che la norma citata prevede che «nell'udienza preliminare, prima dell'inizio della discussione, il giudice chiede all'imputato se consente alla definizione del procedimento in quella fase, salvo che il consenso sia validamente prestato in precedenza. Se il consenso è prestato, il giudice, al termine della discussione pronuncia sentenza di non luogo a procedere nei casi previsti dall'art. 425 c.p.p. o per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto».

Rilevato che la Corte costituzionale adita con la sentenza n. 195/02 ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 344 d.P.R. 448/88 nella parte in cui preclude al giudice di pronunciare sentenza di proscioglimento che non presuppone un accertamento di responsabilità.

Ritenuto che tale situazione preclude a questo g.u.p. di accogliere la richiesta della difesa ed emettere sentenza di proscioglimento *ex art.* 425 c.p.p. per irrilevanza del fatto ovvero per concessione del perdono giudiziale per la mancanza del consenso dell'imputato contumace.

Considerato che, pertanto, appare rilevante e fondato sollevare questione di legittimità costituzionale del predetto art. 32 comma 1 d.P.R. 448/88, come novellato dall'art. 22 legge n. 63/2001, nella parte in cui prevede la necessità del consenso per la definizione del procedimento all'udienza preliminare con sentenza di proscioglimento per concessione del perdono giudiziale ovvero per irrilevanza del fatto con riferimento agli artt. 3, 10, 27 comma 3, 31 comma 2, 101, e 111 Cost.

Considerato che, infatti, con l'applicazione della disciplina prevista *ex art.* 32 comma 1 d.P.R. 448/88, si dovrebbe, come nel caso in esame per carenza del consenso dell'imputato, necessariamente emettere il decreto che dispone il giudizio anche nei casi di possibile emissione di sentenza di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale ovvero irrilevanza del fatto (che presuppone un accertamento di responsabilità), esponendo il minore ad un inutile dibattimento anche se, non vi è dubbio che il processo minorile è tutto proteso alla massima tutela dell'imputato minorenne e, soprattutto, alla rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale.

Ritenuto che tale ultima osservazione consente, innanzitutto di sottolineare l'incostituzionalità della norma in esame con riferimento innanzitutto agli art. 3 in relazione all'art. 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost. alla luce del compito di rieducazione e tutela della gioventù imposto dalle norme costituzionali indicate.

Considerato, infatti, che l'esigenza di reinserimento sociale sottesa all'art. 27 Cost. comma 3 si rafforza in considerazione del compito di tutela della gioventù imposto dall'art. 31 comma 2 Cost.; e tale finalità richiede la predisposizione di istituti necessari ad attuarla, fungendo, nel contempo da costante parametro di valutazione dell'operato del legislatore.

Rilevato che, in tale ottica tutelante, uno dei fondamentali principi cardine del processo minorile è quello di garantire al minore una fuoriuscita rapida dal circuito penale nella prospettiva di salvaguardare il minore dai rischi di stigmatizzazione che la celebrazione del processo, anche con i suoi fisiologici tempi, può provocare.

Ritenuto, ancora, analogamente l'illegittimità della norma in esame con l'art. 10 Cost., che sancisce che l'ordinamento italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

Considerato, infatti, che la Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 176/91, prevede al primo comma che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche sia delle istituzioni private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere considerato preminente».

Ritenuto, infatti, che con tale disciplina è sempre demandata al giudice minorile la valutazione dell'interesse preminente del minore e che, senza dubbio, deve considerarsi interesse preminente di quest'ultimo quello di evitare la sottoposizione ad un inutile dibattimento con conseguente prolungamento di incertezza processuale, nel caso in cui le sue esigenze educative lo consiglino ovvero lo rendano opportuno.

Considerato, peraltro, a maggiore conferma di quanto fin qui osservato, che proprio nel preminente interesse del minore è previsto, ex art. 27 d.P.R. 448/88, non abrogato dalla novella n. 63/2001, che il g.i.p. durante le indagini preliminari, su richiesta del p.m., può emettere sentenza di proscioglimento per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne, senza che sia prescritta la necessità di acquisire il consenso alla definizione del procedimento in quella fase come invece, nel corso dell'udienza preliminare.

Rilevato che la rigida disciplina introdotta dalla norma oggetto del giudizio parzialmente modificata con la citata sentenza della Corte costituzionale n. 195/02, comporta che, ove l'imputato non presti il suo consenso (perché contumace o assente) il giudice per l'udienza preliminare non può emettere sentenza di proscioglimento per perdono giudiziale ovvero irrilevanza del fatto, che presuppongono un giudizio di responsabilità e deve disporre il rinvio a giudizio del minore anche quando ricorrono gli estremi per una pronuncia liberatoria.

Considerato tale scelta legislativa di garantire comunque l'assunzione della prova nel pieno contraddittorio in carenza del consenso si risolve, quindi, nel paradosso di prevedere una dialettica dibattimentale anche nelle ipotesi in cui l'imputato potrebbe ottenere — come nel caso in argomento — una formula immediata e favorevole di proscioglimento con le formule indicate e la immediata fuoriuscita dal circuito penale.

Ritenuto, peraltro, che le esigenze difensive dell'imputato minorenne sono ugualmente garantite anche con riferimento, come nella specie, alle sentenze di proscioglimento che presuppongono la sua responsabilità (perdono giudiziale e irrilevanza del fatto) prima dell'udienza preliminare, con la notifica dell'avviso conclusioni indagini e l'eventuale introduzione di indagini difensive ex art. 415-bis c.p.p., e, successivamente alla pronuncia emessa dal giudice per le indagini preliminari, con la possibilità di proporre opposizione al Tribunale per i Minorenni con la conseguente celebrazione dei dibattimento.

Considerato, in proposito, che la Corte oggi adita con le ordinanze nn. 8/03 e 32/03, con le quali ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 459 c.p.p. relative al decreto penale di condanna, ha avuto modo di precisare che «l'esercizio del diritto di difesa è suscettibile di essere regolato in modo diverso per essere adattato alle esigenze delle specifiche caratteristiche dei singoli procedimenti, purché di tale diritto siano assicurati lo scopo e la funzione»; che «il dettato costituzionale da un lato non impone che il contraddittorio si espliciti con le medesime modalità in ogni tipo di procedimento» e che «nel procedimento per decreto, ove venga proposta opposizione, il contraddittorio tra accusa e difesa si esplicita da quel momento in modo pieno, con le medesime garanzie previste dal procedimento ordinario...» ed, ancora, infine «che il decreto penale, al di là della denominazione formale costituisce dunque una sorta di decisione preliminare, destinata ad essere posta nel nulla in caso di opposizione ed a trasformarsi in pronuncia definitiva di condanna solo nel caso in cui l'imputato, non opponendosi, vi presti acquiescenza».

Ritenuto, che alla luce dei suesposti principi autorevolmente sostenuti dalla Corte adita, la norma di cui all'art. 32 comma 1 d.P.R. 448/88 appare ancora in contrasto con l'art. 3 Cost., apparendo violato il principio di uguaglianza, intesa come uguaglianza di trattamento in eguali condizioni soggettive ed oggettive, avuto riguardo

alla illogica disparità di trattamento con gli imputati maggiorenni per i quali può essere emesso un decreto penale di condanna, nei limiti e con le garanzie sopra precisate, *inaudita altera parte*, con l'opportunità, per l'imputato che presta acquiescenza, di potere evitare il proseguimento del processo.

Rilevato che, tale disparità di trattamento appare ancora più stridente laddove si consideri che il processo minorile è tutto proteso alla massima tutela dell'imputato minorenni ed alla rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale.

Rilevato, ancora, che tale principi espressi dalla Corte costituzionale ben si possono attagliare al processo minorile in generale — che ha una particolare struttura in quanto è diretta in modo specifico alla ricerca di forme più adatte per la rieducazione dei minorenni, — nonché all'ipotesi concreta in esame, atteso che l'esercizio di difesa è, comunque, assicurato dalla possibilità di proporre opposizione avverso una sentenza di non luogo a procedere che presuppone un accertamento di responsabilità emessa dal giudice per le indagini preliminari. È evidente l' analogia tra la sentenza di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale e il decreto penale di condanna previsto per i soggetti maggiorenni atteso che entrambi sono destinati ad essere posti nel nulla in caso di opposizione ed a trasformarsi in pronuncia definitiva di accertamento di responsabilità solo nel caso in cui l'imputato, non opponendosi, vi presti acquiescenza.

Rilevato che, anzi, proprio con la proposizione di tale tipo di impugnazione, con la quale il minore sceglie liberamente di volere permanere nel circuito penale, sottoponendosi volontariamente ad un dibattimento, che si completa con un equilibrio perfetto la tutela del minore, bilanciando l'esigenza della rapida fuoriuscita dal processo penale e quella difensiva connessa alla formazione della prova, attraverso l'istituto della opposizione, subordinandola ad una manifestazione di volontà esplicita dell'imputato minorenni.

Rilevato che, conclusivamente, ad avviso di questo giudice con la disciplina prevista dall'art. 32 comma 1 d.P.R. 448/88 permane un quadro di irragionevolezza, che vanifica le finalità deflative che ispirano l'impianto dell'udienza preliminare minorile, precludendo la possibilità di una immediata definizione del processo e imponendo in ogni caso uno sviluppo dibattimentale che può rilevarsi assolutamente superfluo e non funzionale all'esercizio del diritto di difesa.

Rilevato, pertanto, la illegittimità dell'art. 32 comma 2 d.P.R. 448/88 nella parte in cui non prevede che il g.u.p. possa sempre emettere sentenza di proscioglimento per concessione dei perdono giudiziale, ovvero per irrilevanza del fatto nel preminente interesse del minore, anche in carenza del consenso dell'imputato alla definizione del procedimento all'udienza preliminare.

Considerato, infine, che si ravvisa un ulteriore profilo di incostituzionalità della norma in esame in relazione all'art. 111 Cost. comma 4, atteso che non disciplina le ipotesi di «impossibilità di natura oggettiva», che rendono possibile la formazione della prova in assenza di contraddittorio, con riferimento all'imputato contumace o irreperibile per il quale risulta impossibile acquisire il consenso alla definizione dei procedimento all'udienza preliminare.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 della Costituzione, 23 legge n. 157/53, 3 c.p.p.;

Dispone trasmettersi gli atti del presente procedimento alla Corte costituzionale per la risoluzione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 32 comma 1 d.P.R. 448/88, in relazione agli artt. 3, 10, 27 comma 3, 31 comma 2, 111 Cost., nella parte in cui, in mancanza del consenso dell'imputato, preclude al giudice dell'udienza preliminare di emettere sentenza di proscioglimento per concessione dei perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto, quando risulta preminente l'interesse del minore;

In relazione all'art. 111 Cost., nella parte in cui non prevede giudice possa emettere sentenza di proscioglimento per concessione dei perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto, nei confronti dell'imputato contumace ovvero irreperibile per l'«impossibilità di natura oggettiva» ad acquisire il consenso alla definizione dei procedimento all'udienza preliminare.

Dispone la sospensione del procedimento penale in corso.

Palermo, addì 13 giugno 2003

Il giudice: GERBINO

03C0999

N. 710

*Ordinanza del 23 giugno 2003 emessa dal giudice istruttore del Tribunale di Reggio Calabria
nel procedimento civile vertente tra Nicolò Francesco e Crisauto S.r.l. ed altra*

Processo civile - Chiamata di un terzo in causa da parte del convenuto - Fissazione di un termine perentorio per la notificazione della citazione al terzo - Mancata previsione - Conseguente possibilità per il convenuto di reiterare la richiesta di differimento dell'udienza - Contrasto con il principio di uguaglianza - Irragionevole disparità di trattamento in raffronto alle ipotesi di chiamata in causa del terzo ad opera dell'attore o del terzo chiamato - Violazione del diritto di difesa della parte attrice - Contrasto con l'esigenza che il giudizio si svolga in condizioni di parità fra le parti - Lesione del principio di ragionevole durata del processo.

- Codice di procedura civile, art. 269, comma secondo.
- Costituzione, artt. 3, 24 e 111.

IL GIUDICE ISTRUTTORE

Letti gli atti del procedimento n. 3340/2002 R.G.A.C., promosso da Nicolò Francesco nei confronti della Crisauto S.r.l., e della Hyundai Italia S.p.a., e sciogliendo la riserva formulata all'udienza del 28 maggio 2003;

Considerato che il procedimento in esame è stato instaurato da Nicolò Francesco contro la Crisauto S.r.l. e la Hyundai Italia S.p.a. al fine di ottenere in via principale la condanna delle società convenute — ciascuna per le rispettive competenze e responsabilità — ad adempiere al contratto di vendita stipulato con l'attore il 28 maggio 2002 ed a procedere immediatamente alla consegna dell'autovettura Hyundai Coupé 2.0 16 V. Premium di colore argento metallizzato, oltre che a risarcire all'istante i danni per il ritardo nella consegna, ed in via subordinata la risoluzione del contratto per inadempimento della società venditrice, la restituzione della somma di € 8.000,00 (pari al valore dell'autovettura Ford Focus data in permuta) o della somma maggiore o minore risultante in corso di causa (con rivalutazione ed interessi legali) ed il risarcimento del danno;

che la Crisauto S.r.l., costituendosi tempestivamente, ha assunto che l'inadempimento dedotto a fondamento della citazione sarebbe da ascrivere esclusivamente alle condotte delittuose poste in essere da Crisalli Antonino, socio di fatto della Crisauto medesima, e chiesto di differire l'udienza di prima comparizione onde chiamare in causa il Crisalli per essere tenuta indenne da tutte le pretese fatte valere dall'attore in giudizio anche in ordine alle spese;

che con decreto depositato il 29 gennaio 2003 è stata differita l'udienza di prima comparizione *ex* art. 269, comma secondo c.p.c., per consentire alla convenuta Crisauto S.r.l. di chiamare in causa il terzo Crisalli Antonino;

che all'udienza del 28 maggio 2003, fissata per la comparizione delle parti e del terzo nel suddetto decreto del 29 gennaio 2003, il procuratore della Crisauto ha chiesto «un termine per la chiamata del terzo», precisando che il provvedimento non gli era stato notificato ma ne aveva semplicemente preso «informale visione in cancelleria»;

che risulta invece dal decreto del 29 gennaio 2003 che il procuratore della Crisauto S.r.l. ne ha preso formalmente visione in data 3 febbraio 2003, per cui non occorre un'ulteriore comunicazione alla convenuta a cura della cancelleria (essendo la «presa visione» equipollente alla comunicazione: *cfr.* Cass. 29 aprile 2002, n. 6221);

che il procuratore dell'attore ha chiesto di dichiarare la Crisauto decaduta dal potere di chiamare in causa il terzo;

che deve conseguentemente decidersi circa la concessione o meno alla convenuta Crisauto di un nuovo termine per la chiamata in causa di Crisalli Antonino;

O S S E R V A

A mente degli artt. 167, comma terzo e 269, comma secondo c.p.c., il convenuto che intende chiamare in causa un terzo deve, a pena di decadenza, dichiararlo nella comparsa di risposta depositata in cancelleria venti giorni prima dell'udienza di prima comparizione. Inoltre, al fine di consentire al terzo di prendere parte al processo fin dal suo inizio, il convenuto deve contestualmente chiedere al giudice lo spostamento della data dell'udienza di comparizione per permettere la citazione del terzo nel termine dilatorio di cui all'art. 163-*bis* c.p.c., computato con riferimento alla nuova udienza di comparizione.

In particolare, l'art. 269 c.p.c., al comma secondo (concernente specificamente la chiamata in causa di un terzo ad opera del convenuto) non stabilisce che il giudice fissi un termine perentorio entro il quale la citazione deve essere notificata al terzo a cura del convenuto, e ciò a differenza di quanto previsto per la chiamata in causa del terzo da parte dell'attore nel terzo comma dello stesso articolo («Ove, a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta, sia sorto l'interesse dell'attore a chiamare in causa un terzo, l'attore deve, a pena di decadenza, chiederne l'autorizzazione al giudice istruttore nella prima udienza. Il giudice istruttore, se conceda l'autorizzazione, fissa una nuova udienza allo scopo di consentire la citazione del terzo nel rispetto dei termini dell'art. 163-bis c.p.c. La citazione è notificata al terzo a cura dell'attore entro il termine perentorio stabilito dal giudice»).

Orbene, data l'omessa previsione normativa di un termine perentorio per l'ipotesi in esame, non può ritenersi che, qualora all'udienza fissata nel decreto di differimento *ex* art. 269, comma secondo si accerti che il convenuto non ha notificato al terzo la citazione a comparire, il medesimo decada dal potere di chiamare il terzo.

Dall'art. 152 c.p.c. si desume infatti che nel nostro ordinamento sono perentori solo i termini dichiarati tali dalla legge, espressamente, e che il giudice non può fissare un termine a pena di decadenza se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

D'altra parte, anche a voler seguire la tesi secondo cui da tale norma non si può dedurre che, ove manchi un'esplicita dichiarazione in tale senso, debba senz'altro escludersi la perentorietà del termine (*cfr.* ad es. Cass. 6 giugno 1997, n. 5074), tuttavia nel caso *de quo* proprio la diversa disciplina dettata per l'ipotesi di chiamata in causa del terzo ad opera del convenuto e di chiamata in causa del terzo da parte dell'attore (pur a fronte di un atto processuale avente il medesimo scopo) induce ad escludere che il carattere perentorio del termine per la chiamata in causa si possa reputare insito nella funzione che detto termine adempie, con conseguente decadenza della parte in ipotesi di inosservanza.

In altre parole, se la perentorietà del termine in oggetto fosse implicita nello scopo che persegue, non sarebbe stato necessario statuire espressamente per il caso di chiamata in causa del terzo ad opera dell'attore che «La citazione è notificata al terzo a cura dell'attore a pena di decadenza entro il termine perentorio stabilito dal giudice».

In sintesi, quindi, alla luce delle argomentazioni che precedono, l'art. 269, comma secondo c.p.c., così come è formulato, pare potersi interpretare solo nel senso che qualora all'udienza fissata nel decreto di differimento emerga che il convenuto non ha notificato al terzo la citazione a comparire, costui non decade dal potere di chiamare il terzo (a differenza di quanto sostenuto nel verbale dell'udienza del 28 maggio 2003 da parte attrice).

Risulta pertanto dimostrata la rilevanza della questione nel procedimento *de quo*, in cui appunto il procuratore della convenuta Crisauto (pur avendo preso visione del decreto di differimento del 29 gennaio 2003) non ha notificato al terzo Crisalli Antonino la citazione a comparire all'udienza fissata nel decreto, ed ha chiesto un termine per la chiamata del terzo.

Ciò posto, deve evidenziarsi che l'art. 269, comma secondo c.p.c., nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine perentorio entro il quale il convenuto deve notificare la citazione al terzo chiamato in causa, fa sorgere seri dubbi di incostituzionalità in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Sotto il primo profilo, non può difatti sottacersi l'ingiustificata disparità di trattamento che ne consegue tra attore e convenuto, in quanto soltanto il primo è tenuto a notificare l'atto di citazione al terzo entro il termine perentorio fissato dal giudice, a pena di decadenza dal relativo potere, nel mentre il secondo, qualora non abbia provveduto alla citazione del terzo, può reiterare la richiesta di differimento dell'udienza, e ciò pur trattandosi di un atto con identica funzione processuale (in proposito, va oltretutto evidenziato che il testo della norma in oggetto originariamente approvato dal Senato prevedeva la notifica della citazione al terzo nel termine perentorio di quindici giorni sia per il convenuto che per l'attore).

A ciò si aggiunga che la norma, proprio perché consente al convenuto di reiterare la richiesta di fissazione di nuova udienza per chiamare il terzo, finisce, come già segnalato dal giudice istruttore del Tribunale di Gela nell'ordinanza del 27 luglio 2000 (sfociata nella pronuncia della Corte costituzionale del 6 luglio 2001, n. 241) sia pure con riferimento ad una fattispecie concreta in realtà riconducibile non all'art. 269 bensì all'art. 271 c.p.c. (tant'è che la Corte ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione per difetto di rilevanza, così come aveva già fatto in relazione ad una fattispecie differente con la precedente ordinanza del 30 dicembre 1998 n. 468), con il rendere il convenuto arbitro dei tempi e della dinamica del processo, in violazione sia del principio di ragionevole durata del giudizio che del diritto di difesa dell'attore.

Non resta allora, in ragione degli elementi suesposti, che sollevare d'ufficio, in quanto non manifestamente infondata e rilevante nel presente giudizio, la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 269 c.p.c., nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine perentorio entro il quale il convenuto deve notificare la citazione al terzo chiamato in causa, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.

P. Q. M.

Visto l'art. 23, legge n. 87/1953, solleva d'ufficio, in quanto non manifestamente infondata e rilevante nel presente giudizio, la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 269 c.p.c., nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine perentorio entro il quale il convenuto deve notificare la citazione al terzo chiamato in causa, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.;

Sospende il giudizio in corso, ed ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Si comunichi la presente ordinanza ai Presidenti dei due rami del Parlamento.

Si notifichi la stessa, con urgenza, ai difensori delle parti e al Presidente del Consiglio dei ministri.

Reggio Calabria, addì 16 giugno 2003

Il giudice istruttore: STILO

03C1000

N. 711

*Ordinanza del 1° luglio 2003 emessa dal Tribunale di Bologna
nel procedimento penale a carico di Rachid Hamou*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - 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.

IL TRIBUNALE

Sulla richiesta del p.m. di convalida dell'arresto di Rachid Hamou, nato in Tunisia il 3 dicembre 1984, per la contravvenzione prevista e punita dall'art. 14, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/02;

Premesso che l'arrestato è stato espulso con regolare provvedimento del prefetto di Bologna in data 29 maggio 2003, che successivamente in pari data il questore di Bologna gli ha ordinato di allontanarsi dal territorio dello Stato entro cinque giorni ai sensi dell'art. 14, comma 5-*bis* del d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/2002, e che egli non ha ottemperato all'ordine, venendo arrestato a Bologna il 30 giugno 2003 ai sensi dell'art. 14, comma 5-*quinquies*, d.lgs. 286/1998;

Rilevato che l'ordine di espulsione del prefetto e di allontanamento del questore risultano regolarmente notificati all'arrestato anche in traduzione;

Dato atto che l'arrestato è privo di documenti di identificazione validi ed è stato sottoposto a rilievi dattiloscopici per la sua identificazione, in base ai quali si è accertato che lo stesso — con le generalità con le quali è stato arrestato o eventualmente con diverse generalità — non ha precedenti penali definitivi a carico né pendenze giudiziarie), il che non consente di apprezzare alcun indice concreto di pericolosità dell'arrestato;

Osservato che sussistono dubbi sulla legittimità costituzionale dell'arresto obbligatorio come previsto dall'art. 14, comma 5-*quinquies*, d.lgs. n. 286/1998 — come modificato dalla legge n. 189/2002 — e che la questione di legittimità di tale norma appare non manifestamente infondata per le ragioni che seguono, con essenziale riferimento ai parametri costituzionali di cui agli artt. 13 e 3 Costituzione;

Quanto al parametro dell'art. 13, terzo comma, Costituzione, che consente provvedimenti, limitativi della libertà personale da parte della p.s. solo «in casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati tassativamente dalla legge», la previsione dell'arresto obbligatorio contenuta nell'art. 14, comma 5-*quinquies*, appare contrastarvi per le seguenti ragioni;

La tutela costituzionale della libertà personale è assoluta: essa viene definita come inviolabile al primo comma, ne è consentita la limitazione solo con provvedimento dell'autorità giudiziaria e nei casi previsti dalla legge al secondo comma, al terzo comma ne è consentita una eccezionale limitazione temporanea ad opera della p.s. solo se successivamente convalidata dall'autorità giudiziaria e nei casi «eccezionali di necessità ed urgenza» previsti dalla legge. Al terzo comma — diversamente dal secondo — è prevista quindi una riserva di legge qualificata poiché al legislatore ordinario non spetta di determinare liberamente i casi in cui la libertà personale può venire provvisoriamente limitata dalla p.s., ma può farlo solo nei casi eccezionali di necessità ed urgenza.

La giurisprudenza costituzionale ha chiarito le nozioni di eccezionalità, necessità ed urgenza che giustificano l'arresto obbligatorio. Proprio perché l'art. 14, comma 5-*quinquies*, prevede l'obbligatorietà dell'arresto ogni volta che si accerti la fragranza della contravvenzione dell'art. 14, comma 5-*ter*, le condizioni di eccezionale necessità ed urgenza della misura precautelare debbono essere valutate in astratto in relazione al reato a cui è collegata la previsione dell'arresto obbligatorio e non ne è consentita una modulazione in relazione al caso concreto.

La condotta contravvenzionale a cui è collegato l'arresto obbligatorio è quella dello straniero già espulso dal territorio nazionale in quanto clandestino ed inottemperante al successivo ordine di allontanamento del questore: si tratta cioè di un reato di mera condotta, di doppia disobbedienza ad un ordine dell'autorità, dato prima nella forma del decreto di espulsione e dopo con l'ordine di allontanamento. 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 non è già imputato o condannato per altri reati, non è socialmente pericoloso (vedi C. cost. n. 64/1977 in cui la legittimità dell'arresto era collegata al preesistente accertamento giudiziale delle condizioni di pericolosità sociale), né versa in una condizione di pericolosità specifica per le sue condizioni personali (vedi C. cost. n. 126/1972 in cui la legittimità dell'arresto era collegata all'ubriachezza in atto): va infatti considerato che la clandestinità sul territorio dello stato, cioè la permanenza dello straniero in Italia senza i documenti che la legittimano formalmente, è condizione che legittima l'espulsione ma che non integra alcun reato e che proprio perché è collegata alla formale assenza di documenti, non può essere indice di per sé di una specifica pericolosità del soggetto (si pensi all'innomerevole numero di «badanti» che per periodi lunghissimi lavorano irregolarmente nelle famiglie italiane in condizioni di clandestinità, per i quali è evidente l'assenza di ogni pericolosità sociale). Per quanto descritto nella fattispecie tipica del reato, né la condotta punita né le condizioni dell'agente appaiono quindi assumere quei connotati di eccezionale necessità ed urgenza che il potere limitativo della libertà personale da parte della p.s. ai sensi del terzo comma dell'art. 13, Cost.

L'arresto è in questo caso obbligatoriamente previsto per una contravvenzione punita con l'arresto da sei mesi ad un anno. Il sistema processuale vigente non consente l'applicazione di misure cautelari personali per contravvenzioni (artt. 280 e 287 c.p.p.), il che rende evidente come in questo caso l'arresto non sia in alcun modo collegato alla successiva applicazione di una misura cautelare. Esso si affianca ad altri eccezionali casi in cui è consentito l'arresto a prescindere dalla successiva applicazione di misura cautelare, ma si discosta da tali ipotesi per aspetti molto rilevanti. Significativo è il raffronto con le ipotesi di arresto in flagranza previsto per il delitto p.p. dall'art. 189 c.d.s. (la cui pena edittale è inferiore ai limiti che consentono l'applicazione di misure cautelari) e per le contravvenzioni p.p. dai commi primo e secondo, art. 4, legge n. 110/1975 o dai commi quarto e quinto dello stesso articolo, in questo caso se aggravate dalla finalità di discriminazione o odio etnico, razziale, ecc. Nella prima ipotesi l'arresto è consentito per consentire «la possibilità di un intervento immediato di chi si sia dato alla fuga, abbia abbandonato le vittime di incidenti stradali a lui riconducibili ed abbia messo in pericolo la sicurezza individuale e collettiva» (C. cost. n. 305/1996). Nel secondo caso l'arresto consente che le forze di p.s. limitino la libertà personale di soggetti in possesso di armi o oggetti atti ad offendere nel corso di riunioni pubbliche (comma quarto e quinto) o con armi od oggetti atti ad offendere fuori dalla propria abitazione il cui possesso sia destinato specificamente a finalità di discriminazione o odio razziale (commi primo e secondo, aggravati dall'art. 3, comma primo, legge n. 122/1993), condotte entrambe evidentemente riconducibili ad un pericolo per la sicurezza individuale e collettiva evitabile soltanto con la materiale apprensione del soggetto armato ed il suo allontanamento dal luogo pericoloso. In entrambi i casi l'arresto è previsto come facoltativo e non come obbligatorio (art. 189, comma sesto c.d.s. e art. 6, comma secondo, legge n. 654/1975). In entrambe le ipotesi citate di arresto consentito a prescindere dalla conseguente applicabilità di misura cautelare si tratta di condotte attive (lesioni personali con conseguente fuga e porto di armi in occasioni o con finalità non consentite), che concretamente pongono in pericolo la sicurezza individuale e collettiva e necessariamente dolose, mentre l'arresto previsto dall'art. 14, comma 5-*quinquies*, riguarda un reato di mera condotta omissiva, che non pone in concreto pericolo la sicurezza altrui,

punibile anche a titolo di colpa per la negligente non ottemperanza all'ordine. Mentre nelle prime due ipotesi l'arresto è quindi previsto per casi in cui appare necessario ed urgente bloccare l'autore di condotte pericolose da parte della p.s. che lo sorprenda in flagranza, nel caso di cui all'art. 14, comma 5-*quiquies*, non emerge alcuna necessità ed urgenza di procedere all'arresto dell'autore di una condotta colposa e priva di concreta pericolosità. Sul punto va aggiunto che il giudice delle leggi nella sentenza n. 305/1996 ha confermato la legittimità dell'arresto previsto dall'art. 189 c.d.s. ancorandola alla sua facoltatività, in quanto tale arresto «richiede pur sempre la sussistenza, nei singoli casi concreti, dei presupposti ai quali l'art. 381, comma quarto, subordina in via generale l'adozione di tale misura». Nel caso qui in esame invece l'obbligatorietà dell'arresto prescinde da ogni valutazione sulla concreta pericolosità della condotta e nella sua generale ed astratta necessità di applicazione si pone in contrasto con i requisiti della eccezionale necessità ed urgenza della misura imposti dall'art. 13, terzo comma, Cost.

L'arresto obbligatorio non potrebbe neppure trovare ragione nell'eccezionale necessità ed urgenza di poter procedere al rito direttissimo imposto dallo 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 che lo prevede in tutti i casi in cui l'imputato — non arrestato né detenuto — abbia reso confessione, nei casi previsti dall'art. 450 c.p.p., comma secondo, 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. 189/2002, 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 quindi l'imputato resti libero — contro l'autore del fatto si proceda con rito direttissimo.

Non può infine ritenersi che l'eccezionale necessità ed urgenza dell'arresto sia collegata alla necessità di eseguire l'espulsione dell'arrestato, che di per sé può essere eseguita con accompagnamento alla frontiera in via generale, ed in modo del tutto autonomo ed indipendente dall'arresto, ai sensi dell'art. 13, comma sesto, d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/02.

L'arresto obbligatorio qui previsto potrebbe essere costituzionalmente rientrante nella previsione dell'art. 13, terzo comma, Cost. solo se si ritenesse eccezionalmente necessario ed urgente limitare la libertà di uno straniero tutte le volte in cui egli abbia violato l'«ordine di allontanamento del questore successivo alla sua espulsione dal territorio nazionale. Tale limitazione della libertà può perdurare comunque soltanto poche ore (e cioè soltanto fino a che il p.m. non ritenga di avvalersi dei poteri conferitigli dall'art. 121 disp. att. c.p.p. o al massimo fino all'udienza di convalida, alla quale comunque il p.m. non può chiedere l'emissione di misure cautelari) e non è necessaria né per l'instaurazione del giudizio direttissimo, né per la successiva applicazione di misure cautelari, né perché in tale arco di tempo possa ottenersi l'identificazione dell'arrestato, né perché con l'arresto si interrompe una situazione di pericolo, né perché sia funzionale all'espulsione, che invece è presupposto dell'arresto stesso e comunque può essere autonomamente disposta: non è quindi apprezzabile alcun profilo di eccezionale necessità ed urgenza che renda l'arresto obbligatorio qui in esame rientrante nella previsione dell'art. 13, terzo comma Costituzione e quindi non in contrasto con la inviolabilità della libertà personale sancita dall'art. 13, Cost.

Quanto al parametro dell'art. 3 Costituzione, che impone al legislatore il rispetto del limite della ragionevolezza come qualificato nelle sentenze C. cost. n. 26/1979; n. 103/1982; n. 409/1989; n. 341/1994 (vedi anche C. cost. n. 53/58 secondo cui «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 una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse), la previsione dell'arresto obbligatorio contenuta nell'art. 14, comma 5-*quiquies*, a pare contrastarvi per le seguenti ragioni:

L'art. 13, comma 13, del d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/2002 prevede la contravvenzione dello straniero che, espulso e materialmente accompagnato alla frontiera, rientri nel territorio nazionale, punendola con l'arresto da 6 mesi ad 1 anno (si tratta della prima disobbedienza ad un ordine, ma la condotta di rientro è attiva e manifesta una intenzionalità particolarmente forte dello straniero poiché segue alla materiale attività della pubblica amministrazione che lo ha accompagnato alla frontiera coattivamente, con rilevante impegno di risorse umane e materiali). Tale contravvenzione è punita con l'arresto nella stessa misura rispetto alla contravvenzione prevista dall'art. 14, comma 5-*ter*, (disobbedienza reiterata di due ordini, ma con condotta meramente omissiva e anche colposa), il che è indice inequivoco della valutazione del legislatore di pari gravità delle condotte considerate. Mentre nel primo caso l'arresto è previsto come facoltativo (art. 13, comma 13-*ter*), nel secondo caso esso è previsto come obbligatorio (art. 14, comma 5-*quiquies*);

L'art. 13, comma 13-*bis* del d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/2002 prevede il delitto dello straniero che rientri in Italia dopo l'espulsione disposta in sede giudiziale, punendolo con la reclusione da

1 a 4 anni. In questo caso di delitto con pena edittale fino a 4 anni è previsto l'arresto come facoltativo dall'art. 13, comma 13-ter, mentre nel caso più lieve della contravvenzione dell'art. 14, comma 5-ter, punita con l'arresto fino a 1 anno l'arresto è previsto come obbligatorio dal citato art. 14, comma 5-quinquies;

Dall'esame delle disposizioni sopra citate emerge quindi che anche all'interno del d.lgs. n. 286/1998, come modificato legge n. 189/2002, la previsione dell'arresto obbligatorio contenuta nel comma 5-quinquies, dell'art. 14 è irragionevole, sia poiché a situazioni di analoga gravità (art. 13, comma 13) conseguono modalità d'arresto facoltative e quindi più lievi, senza che emergano apprezzabili ragioni che giustifichino il differente trattamento della libertà personale dell'arrestato nelle due ipotesi, sia perché a situazioni di maggiore gravità (art. 13, comma 13-bis) conseguono addirittura modalità di arresto facoltative e quindi più lievi, senza che vi siano ragioni specifiche che giustifichino il più lieve trattamento di reati più gravi nella fase della previsione delle misure cautelari.

Che la questione è rilevante per la pronuncia sulla convalida dell'arresto poiché l'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale dello stesso farebbe venir meno il fondamento normativo della richiesta di convalida proposta dal p.m. Infatti nella fattispecie Rachid Hamou è stato tratto in arresto perché tale misura è prevista come obbligatoria dall'art. 14, comma 5-quinquies, d.lgs. n. 286/1998, mentre egli non sarebbe stato passibile di arresto se tale misura fosse stata prevista come facoltativa in quanto non sussistono nella fattispecie le condizioni richieste dall'art. 381, quarto comma della gravità del fatto (il reato contestato è una contravvenzione punita da 6 mesi a 1 anno), né della pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità (l'arrestato è privo di pregiudizi penali ed è qui per la prima volta accusato di una contravvenzione; il fatto che egli sia clandestino sul territorio nazionale non è previsto come reato dal nostro ordinamento) o dalle circostanze del fatto (la condotta contestata è meramente passiva, di disobbedienza ad un ordine dell'autorità).

Osservato che la rilevanza della questione permane nonostante la necessaria liberazione dell'arrestato imposta dall'art. 391, settimo comma c.p.p. e « (...) trova ragione nell'interesse generale ad una pronuncia sulla legittimità dell'arresto, che ha pur sempre determinato una privazione della libertà. La rilevanza della questione, dunque, 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» (C. cost. n. 54/1993);

Ritenuto quindi conclusivamente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinquies, d.lgs. n. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/2002 nella parte in cui prevede come obbligatorio l'arresto per il reato previsto dall'art. 14, comma 5-ter, appare non manifestamente infondata e rilevante nel giudizio di convalida in corso, per cui va sollevata d'ufficio per le ragioni sopra esposte;

P. Q. M.

Visto l'art. 23, legge n. 87/53;

Ritenuta 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. 13, terzo comma, e 3 della Costituzione;

Sospende il giudizio in corso;

Ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Dispone che la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti delle Camere.

Bologna, addì 1° luglio 2003

Il giudice: BETTI

N. 712

*Ordinanza del 24 giugno 2003 emessa dal Tribunale di Bologna
nel procedimento penale a carico di Jridi Bassem*

Straniero - Espulsione amministrativa - Reato di trattenimento, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore - Arresto obbligatorio in flagranza - 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.

IL TRIBUNALE

Sulla richiesta del p.m. di convalida dell'arresto di Jridi Bassem tratto in arresto a Bologna il 23 giugno 2003 ai sensi dell'art. 14, comma 5-*quinquies*, 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 23 gennaio 2003 il prefetto di Bologna aveva disposto l'espulsione dell'arrestato e che, con decreto emesso e notificato il 23 gennaio 2003 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. 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/2002;

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-*quinquies*, 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-*quinquies*, 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 l'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, 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-*quinquies*, 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-*quinquies*, 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. 189/2002.

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 n. 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. 189/2002 prevede il fatto dello straniero che, espulso e materialmente accompagnato alla frontiera, rientri nel territorio nazionale e punisce questa

⁽¹⁾Vedi anche C. cost. n. 53/1958 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».

condotta con l'arresto da sei mesi a un anno, cioè anche 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.

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. È 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 c.p. e dell'art. 2, legge n. 1423/1956) 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. 104/1969).

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 c.p.p.).

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 n. 54/1993 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 al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti del Senato e della Camera dei deputati.

Bologna, addì 24 giugno 2003

Il giudice: LENZI

03C1002

N. 713

*Ordinanza del 1° luglio 2003 emessa dal Tribunale di Napoli
nei procedimenti civili riuniti vertenti tra F.IN.PA S.p.a. e Gentile Aldo e altri*

Notificazioni e comunicazioni (in materia civile) - Notificazioni nella residenza, nella dimora o nel domicilio del destinatario - Perfezionamento, per il notificante, alla data di compimento delle formalità di notifica poste in essere dall'ufficiale giudiziario e da questi attestate nella relazione di notificazione, anziché alla precedente data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario - Contrasto con i principi affermati dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 477/2002 e 69/1994 (in materia di notificazioni a mezzo posta e di notificazioni all'estero) - Lesione dell'interesse del notificante a non vedersi addebitato l'esito intempestivo di un procedimento notificatorio parzialmente sottratto ai suoi poteri di impulso.

- Codice di procedura civile, art. 139.
- Costituzione, artt. 3 e 24.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza.

Svolgimento del processo

Con ricorso, depositato il 16 novembre 2000, al Presidente del Tribunale di Napoli Aldo, Marcello e Maria Rosaria Gentile esponevano di essere titolari, nei confronti della S.p.a. F.IN.PA., di un credito di L. 393.459.698 (di cui 250.000.000 per sorta capitale e 143.459.698 per interessi calcolati secondo la lett. *b* del regolamento), documentato da otto certificati al portatore emessi da tale società il 3 luglio 1992, in attuazione del prestito obbligazionario fruttifero deliberato il 10 giugno 1992, da estinguere in sette anni, per una somma complessiva di L. 1.000.000.000, costituita da 100.000 obbligazioni da L. 10.000 ciascuna.

La F.IN.PA., secondo i ricorrenti, non aveva mai corrisposto l'interesse convenzionale durante la pendenza del prestito, né alla scadenza del 3 luglio 1999 aveva rimborsato il capitale, maggiorato degli interessi non versati attualmente.

Chiedevano pertanto che alla predetta società fosse ingiunto il pagamento della somma di L. 393.459.698, con gli interessi legali dalla domanda.

Il provvedimento richiesto veniva emesso il 23 gennaio 2001.

Contro di esso l'ingiunta proponeva opposizione con atto affidato all'ufficio unico notifiche della Corte d'appello di Napoli il 26 aprile 2001 e consegnato il giorno successivo al portiere dello stabile ove era, ubicato il procuratore dei ricorrenti.

Essa sosteneva che i ricorrenti Aldo e Maria Rosaria Gentile avevano già ricevuto il rimborso della quota di loro rispettiva pertinenza e la corrispondente quota di interessi come correttamente calcolata, sicché avevano rilasciato quietanza liberatoria rinunciando alle spese della procedura monitoria.

Quanto a Marcello Gentile, in possesso di obbligazioni per L. 66.460.000, gli competevano interessi per sole L. 14.888.000, considerato che alla data del 31 dicembre 1995 era stato convenuto di utilizzare (a copertura della quota sottoscritta) l'ammontare degli interessi nelle more maturati sul prestito obbligazionario.

Tanto premesso, conveniva gli ingiungenti al giudizio di questo tribunale, per sentir revocare il decreto ingiuntivo, e, in subordine, ridurre le somme ingiunte alla misura effettivamente dovuta al solo Marcello Gentile.

Marcello Gentile si costituiva, eccependo l'inammissibilità dell'opposizione perché il relativo atto di citazione gli era stato notificato il quarantunesimo giorno dalla notifica del ricorso e del decreto monitorio.

Nel merito, sosteneva di aver diritto a conseguire l'importo di cui al decreto, detratta la somma di L. 266.862.226, per la quale Aldo e Maria Rosaria Gentile avevano rilasciato quietanza alla F.IN.PA., per un residuo avere di L. 104.597.472; affermava poi che l'aumento di capitale avrebbe dovuto realizzarsi per contanti, non già attraverso la modalità anomala della compensazione del debito di conferimento col credito per accessori, per la quale sarebbe stata necessario anche il rispetto delle complesse formalità di cui all'art. 2343 c.c.

Chiedeva pertanto che, previo conferimento dell'efficacia di titolo esecutivo al decreto monitorio, l'opposizione venisse dichiarata inammissibile e comunque respinta come infondata; in subordine, che la F.IN.PA. fosse condannata al pagamento della somma complessiva di L. 104.597.472 o di quella diversa, maggiore o minore, accertata dal tribunale, oltre agli interessi legali, come liquidati in decreto, dalla data della notifica all'effettivo pagamento.

Aldo e Maria Rosaria Gentile non si costituivano.

Con atto notificato l'11 maggio 2001 la S.pa. F.IN.PA. esponeva che, sebbene la richiesta in calce all'atto precisasse che la notifica avrebbe dovuto essere effettuata, per scadenza del termine, nella stessa giornata, l'ufficiale giudiziario Antonio Barone aveva inopinatamente notificato l'atto il 27 aprile 2001 a mani del portiere dello stabile; che, secondo quanto dichiarato dal medesimo u.g., si poteva anche ipotizzare un'erronea indicazione della data di notifica, avvenuta invece il 26 aprile 2001. In ogni caso, essa esponente era legittimata a proporre opposizione tardiva *ex art.* 650 c.p.c., secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 170/1976.

Ove si fosse interpretato l'art. 650 primo comma nel senso che non è consentita l'opposizione tardiva quando ricorrano comprovati motivi non imputabili all'opponente, ma a fatto del terzo, si sarebbe dovuto ritenere la norma in questione costituzionalmente illegittima in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 24, secondo e terzo comma, della Costituzione.

Citava pertanto Aldo, Marcello e Maria Rosaria Gentile, nonché Antonio Barone e il Ministero di grazia e giustizia al giudizio del Tribunale di Napoli, proponendo opposizione tardiva al suddetto decreto ingiuntivo e affermando di reiterare la precedente opposizione; chiedeva inoltre che, qualora fosse ritenuta non ammissibile l'opposizione tardiva, fosse dichiarata sussistente la colpa grave dell'ufficiale giudiziario Barone per non aver notificato nei termini l'opposizione e condannato il medesimo, unitamente al Ministero, al rimborso di tutte le spese già sostenute o che fosse stata costretta a corrispondere agli opposti in dipendenza della mancata tempestiva notificazione. Il tutto con compensazione delle spese di lite nei confronti di Aldo e Maria Rosaria Gentile e vittoria di spese, diritti e onorari nei confronti di Marcello Gentile.

Quest'ultimo si costituiva, chiedendo la declaratoria d'improponibilità dell'opposizione notificata l'11 maggio 2001 e, in subordine, la sua reiezione nel merito, con vittoria di spese, diritti e onorari.

Si costituiva anche Antonio Barone, negando di aver ricevuto l'atto per la notifica il 26 aprile 2001 e contestando comunque sia la configurabilità di una sua colpa grave, sia la sussistenza del preteso danno, non essendo stata dimostrata la concreta possibilità di accoglimento dell'opposizione.

Chiedeva pertanto dichiarare inammissibile, improponibile e improponibile ogni domanda formulata nei suoi confronti dalla società attrice, con vittoria di spese, diritti e onorari.

Il Ministero della giustizia, costituendosi, affermava che il comportamento gravemente colposo del pubblico dipendente, non diretto a conseguire le finalità istituzionali dell'amministrazione di provenienza, interrompe il rapporto di immedesimazione organica, con conseguente esclusione di ogni responsabilità dell'amministrazione.

Chiedeva pertanto che fosse dichiarata inammissibile e infondata la domanda proposta nei suoi confronti. Spese vinte.

Con ordinanze rese alle udienze del 21 febbraio 2002, il giudice istruttore disponeva la riunione dei due procedimenti. Quindi, all'udienza del 13 marzo 2003 si riservava in ordine alla sollevata eccezione d'incostituzionalità, assegnando alle parti termine per il deposito di note illustrative.

MOTIVI

L'opponente ha eccepito l'incostituzionalità dell'art. 650 c.p.c. sul presupposto che l'opposizione sia stata proposta dopo la scadenza del termine di quaranta giorni fissato nel decreto ingiuntivo.

Tuttavia tale dato è da verificare. L'atto è stato affidato per la notifica all'ufficiale giudiziario il 26 aprile 2003, quarantesimo giorno dalla notifica del provvedimento monitorio, avvenuta il 17 marzo 2001, ma è stato consegnato agli opposti il giorno successivo.

Orbene, con la sentenza 26 novembre 2002 n. 4777, la Corte costituzionale ha rilevato (richiamando la propria sentenza n. 69 del 1994 in tema di notificazioni all'estero) come gli artt. 3 e 24 della Costituzione impongano che le garanzie di conoscibilità dell'atto, da parte del destinatario, si coordinino con l'interesse del notificante a non vedersi addebitato l'esito intempestivo di un procedimento notificatorio parzialmente sottratto ai suoi poteri di impulso ed ha, altresì, individuato come soluzione costituzionalmente obbligata quella desumibile dal principio della sufficienza del compimento delle sole formalità che non sfuggono alla disponibilità del notificante.

La Corte ha poi sottolineato che tale principio, per la sua portata generale, non può non riferirsi ad ogni tipo di notificazione, essendo palesemente irragionevole, oltre che lesivo del diritto di difesa del notificante, che un effetto di decadenza possa discendere dal ritardo nel compimento di un'attività riferibile non al medesimo notificante, ma a soggetti diversi (l'ufficiale giudiziario e l'agente postale) e, perciò, del tutto estranea alla sfera di disponibilità del primo.

In ossequio ai richiamati principi costituzionali, ha quindi affermato che gli effetti della notificazione a mezzo posta devono essere ricollegati — per quanto riguarda il notificante — al solo compimento delle formalità a lui direttamente imposte dalla legge, ossia alla consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario, essendo la successiva attività di quest'ultimo e dei suoi ausiliari (quale appunto l'agente postale) sottratta in toto al controllo ed alla sfera di disponibilità del notificante medesimo; fermo restando naturalmente, per il destinatario, il principio del perfezionamento della notificazione solo alla data di ricezione dell'atto, attestata dall'avviso di ricevimento, con la conseguente decorrenza da quella stessa data di qualsiasi termine imposto al destinatario medesimo.

Attesa la portata generale dei principi enunciati dalla Corte costituzionale, deve ritenersi che essi si applichino anche alla forma di notificazione adottata nella fattispecie, ossia quella prevista dall'art. 139 c.p.c., avendo l'ufficiale giudiziario consegnato l'atto al potere dello stabile ove era ubicato lo studio del procuratore degli ingiungenti.

Va al riguardo sottolineato che la disposizione citata non si presta a un'interpretazione conforme agli anzidetti principi. Infatti dalla lettura del terzo e quarto comma si evince inequivocabilmente che la notificazione si ha per avvenuta al momento della consegna della copia dell'atto al portiere.

È dunque non manifestatamente infondata, e questo giudice la solleva d'ufficio, la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dell'art. 139 c.p.c., laddove prevede che la notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data di ricezione della copia dell'atto da parte del portiere anziché a quella, antecedente, di consegna della medesima all'ufficiale giudiziario.

La questione di costituzionalità è senza dubbio rilevante ai fini della definizione del giudizio, in quanto l'applicazione dell'art. 139 c.p.c. comporterebbe, nel caso in esame, l'inammissibilità dell'opposizione.

P. Q. M.

Visto l'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, perché si pronunci sulla legittimità dell'art. 139 c.p.c., in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui prevede che la notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data di ricezione della copia dell'atto da parte del portiere anziché a quella, antecedente, di consegna della medesima all'ufficiale giudiziario.

Sospende quindi il procedimento e ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti e al Presidente del Consiglio dei ministri, dandosene altresì comunicazione ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Napoli, addì 1° luglio 2003

Il giudice istruttore: VITALE

03C1003

N. 714

*Ordinanza del 10 luglio 2003 emessa dal Tribunale di Roma
nel procedimento penale a carico di Dell'Utri Marcello*

Parlamento - Immunità parlamentari - Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68, primo comma, della Costituzione - Insindacabilità delle opinioni espresse dai membri del Parlamento nell'esercizio delle loro funzioni - Ambito di applicazione - Criteri - Introduzione, con legge ordinaria, di una nozione di insindacabilità in contrasto con i limiti stabiliti dal principio costituzionale - Lesione dei diritti della persona offesa dal reato - Violazione del principio di uguaglianza.

- Legge 20 giugno 2003, n. 140, art. 3, comma 1.
- Costituzione, artt. 3, 24, primo comma e 68, primo comma.

IL TRIBUNALE

Ritenuto in fatto

Con decreto che dispone il giudizio emesso l'esito dell'udienza preliminare celebrata in data 12 aprile 2001 Dell'Utri Marcello veniva tratto a giudizio dinanzi a questo tribunale per rispondere della seguente imputazione:

«delitto di cui agli artt. 595 comma 3 c.p. e 13 legge n. 47/1948, perché nel corso di un'intervista pubblicata sul quotidiano "La Repubblica" del 4 ottobre 1999 nell'art. intitolato "Chi mi vuole in galera non ha letto le carte", e sottotitolato "Il deputato: i giudici di Palermo sono pazzi" — che qui si intende integralmente riportato — rilasciata a seguito della richiesta di custodia cautelare formulata nei confronti dell'onorevole Marcello Dell'Utri, in data 22 gennaio 1999, dai sostituti — procuratori della Repubblica di Palermo Giancarlo Caselli, Guido Lo Forte, Domenico Gozzo, Antonio Ingroia, Mauro Terranova, Lia Sava ed Umberto De Giglio, offendeva la reputazione di questi ultimi, rispondendo ad una domanda della giornalista ("Una battuta sui p.m. di Palermo") pronunciava le seguenti affermazioni: "Sono dei pazzi, pazzi come Milosevic". In Roma, il 10 aprile 1999».

All'udienza del giorno 1° luglio 2003, la difesa dell'imputato eccepiva l'insindacabilità delle dichiarazioni oggetto della contestazione, rese dall'on. Dell'Utri, ai sensi dell'art. 68 Cost., in seguito all'intervento della legge 20 giugno 2003, n. 140 («Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato»), chiedendo la pronuncia di sentenza di assoluzione a norma dell'art. 129 c.p.p., ovvero, in via subordinata, la trasmissione con ordinanza di copia degli atti alla Camera dei deputati, al fine della deliberazione di competenza in ordine all'insindacabilità.

Pubblico ministero e difensore delle parti civili chiedevano termini onde potere articolare osservazioni in merito alla dedotta eccezione; il tribunale, nulla opponendo la difesa del Dell'Utri, rinviava all'odierna udienza.

In data 8 luglio 2003, il pubblico ministero depositava in cancelleria memoria scritta, nella quale evidenzia come i fatti oggetto del presente processo non possono ritenersi rientranti nella formula normativa di cui all'art. 3 comma 1 della legge n. 140/2003, chiedendo, in via subordinata, che il tribunale sollevi questione di legittimità costituzionale della norma in oggetto, per contrasto con gli articoli 3, 24 e 68 della Costituzione.

In data 9 luglio 2003, il difensore delle parti civili depositava in cancelleria memoria scritta, nella quale chiede che il tribunale sollevi questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge n. 140 del 2003 nonché dei commi da 3 a 8 della medesima norma, per contrasto con gli articoli 3, 24, 68, 101, 112 e 117 della Costituzione.

Considerato in diritto

1. — Il Tribunale ritiene di dover rimettere alla Corte costituzionale il giudizio sulla legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, legge n. 140 del 2003 per violazione dell'art. 68, comma 1, 24 e 3 della Costituzione.

Va anzitutto rilevato che non può condividersi l'interpretazione del pubblico ministero, secondo la quale i fatti oggetto del presente processo non sarebbero comunque ricompresi nell'ambito della nozione di insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari, derivante dal disposto dall'art. 3 comma 1 della legge n. 140.

Tale disposizione prevede infatti che l'art. 68, primo comma, della Costituzione, si applica, tra l'altro, «per ogni altra attività di critica e denuncia politica, connessa alle funzioni di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento».

Nel caso di specie, non sembra possa negarsi che le espressioni usate dal Dell'Utri, nel corso di una intervista rilasciata a giornalista del quotidiano «La Repubblica», siano ricomprese nella fattispecie suindicata. Trattasi, infatti, di dichiarazioni rilasciate dal parlamentare lo stesso giorno in cui la Giunta per le autorizzazioni a procedere aveva dato parere favorevole al suo arresto, richiesto dalla procura della Repubblica di Palermo, ed in particolare dal procuratore capo e dai sostituiti, costituitisi parti civili. Attesa l'ampia e generale previsione della norma («ogni attività di critica e denuncia politica, connessa alle funzioni di parlamentare, espletata anche fuori dal Parlamento»), nonché la circostanza della contiguità temporale tra il parere favorevole della Giunta e le espressioni contestate, ritiene il tribunale che il fatto vada ricondotto alla previsione dell'art. 3, comma 1, della legge n. 140.

2. — Sulla base di tale disciplina, dunque, l'imputato andrebbe assolto ai sensi dell'art. 129 c.p.p., come previsto dal comma 3 della norma in questione.

Da ciò consegue la rilevanza della questione relativa all'art. 3 comma 1 (e non anche delle altre disposizioni della medesima norma, pure indicate dalla parte civile nella sua memoria, delle quali, allo stato, il tribunale non deve fare applicazione).

Il tribunale non ignora l'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla possibilità di un sindacato di legittimità costituzionale su norme penali di favore, quale la disposizione in oggetto.

Si ritiene, tuttavia, che il principio della irretroattività dei reati e delle pene — in virtù del quale il giudice deve dare applicazione nell'ambito del processo nel quale ha sollevato la questione di costituzionalità la norma penale di favore anche laddove il giudice delle leggi abbia accolto la questione — non vale ad esonerare tali norme dal giudizio di costituzionalità.

Come più volte affermato da codesta Corte (*cf.* sentenze n. 148/1983, n. 167/1993, n. 25/1994), infatti, la tesi che le questioni di legittimità costituzionali concernenti norme penali di favore non sarebbero mai rilevanti nel giudizio *a quo*, dovendo in ogni caso il giudice prosciogliere l'imputato per il principio di irretroattività della legge penale più favorevole, muove da una visione troppo semplificante delle pronunce cui potrebbe pervenirsi una volta affrontato il merito di tali impugnative.

Basti osservare, al riguardo, che la Corte costituzionale non è vincolata in assoluto dalle opzioni interpretative del giudice che promuove l'incidente di incostituzionalità e non può escludersi a priori che il giudizio su una norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione) o con una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui fosse fondata l'ordinanza di rimessione.

Anche a fronte di una questione di legittimità avente ad oggetto norme di favore sono quindi possibili una serie di decisioni certamente suscettibili di influire sugli esiti del giudizio penale. Dunque la questione è rilevante.

3. — Sotto il profilo della non manifesta infondatezza della questione, va osservato che l'art. 3, comma 1, legge n. 140 del 2003 anziché limitarsi ad attuare l'art. 68, comma 1, Cost., ha finito — a giudizio di questo tribunale — per modificarne sensibilmente la portata.

La norma costituzionale, prevedendo che «I parlamentari non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni», limita la garanzia della insindacabilità alle sole opinioni riconducibili agli atti e alle procedure specificamente previsti dai regolamenti parlamentari; alle opinioni, cioè, espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari tipiche.

Ciò implica che, affinché la prerogativa dell'art. 68, comma 1, Cost. possa estendersi alle dichiarazioni rese al di fuori del Parlamento, è necessaria una «sostanziale corrispondenza» di significato con opinioni già espresse o contestualmente espresse nell'esercizio di funzioni parlamentari tipiche.

Questa interpretazione dell'art. 68, comma 1, Cost., d'altro canto, è stata accolta da codesta Corte a partire dalle sentenze n. 10 e 11 del 2000, ed è stata poi ribadita in tutte le successive sentenze che, in sede di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato (autorità giudiziaria e Parlamento) si sono occupate del tema (*cf.* le sentenze n. 10, 11, 56, 58, 82, 320, 321, 420, del 2000; le sentenze n. 76, 137, 289 del 2001, le sentenze n. 52, 79, 207, 257, 270, 283, 421 del 2002).

In particolare, nel censurare le delibere di insindacabilità adottate dalle Camere, la Corte costituzionale ha precisato che la mera connessione con la funzione parlamentare, il semplice collegamento di argomento tra attività parlamentare e dichiarazione, la mera comunanza di tematiche, il riferimento al contesto politico parlamentare, non sono elementi sufficienti affinché operi la prerogativa dell'art. 68, comma 1, Cost.

L'interpretazione accolta dal giudice delle leggi rappresenta, come è noto, il punto di arrivo di un lungo e complesso percorso ermeneutico in larga parte determinato, per un verso, dall'esigenza di dare una interpretazione non estensiva di norma avente natura eccezionale, e, per un altro, dalla necessità di fissare regole in grado di offrire maggiore certezza e più precisi criteri di riferimento in un settore dove vengono in evidenza non solo i profili di tutela dell'autonomia delle istituzioni parlamentari, ma anche alcuni diritti fondamentali di sicuro fondamento costituzionale di cui è titolare la persona offesa, quali il diritto all'onore, alla reputazione, alla tutela giurisdizionale.

Orbene, il bilanciamento tra il principio di indipendenza e autonomia del Parlamento ed il diritto alla tutela giurisdizionale del soggetto offeso nell'onore e nella reputazione dalle dichiarazioni del parlamentare non è stato affidato al legislatore ordinario, ma è stato effettuato, una volta per tutte, dal Costituente, nel senso della prevalenza del primo, qualora le opinioni siano espresse «nell'esercizio delle funzioni».

Tale nesso funzionale non può non richiedere una sostanziale identità del contenuto delle dichiarazioni rese *extra moenia* con quello delle attività parlamentari. Questo limite, d'altronde, trova una sua razionale giustificazione, se si considera che all'interno delle Camere esiste un vaglio di ammissibilità degli atti ed un controllo sulle dichiarazioni rese nel corso dei lavori, volto ad assicurare da parte dei parlamentari il rispetto di una serie di limiti che, al di fuori delle aule, nessuno obbliga loro a rispettare, in quanto si tratta di attività sottratte alle forme di controllo e di intervento previste dall'ordinamento parlamentare.

Significativo, in tal senso, è l'art. 139-*bis* del Regolamento della Camera dei deputati che prevede espressamente la necessità di valutare gli atti di sindacato ispettivo con riguardo, fra l'altro, «alla tutela della sfera personale e dell'onorabilità dei singoli e delle istituzioni», o l'art. 146 del Regolamento del Senato, che, più sinteticamente demanda al presidente il compito di accertare che l'interrogazione non sia formulata in termini sconvenienti.

Alla luce delle considerazioni che predono, può concludersi che la nozione di insindacabilità emergente dall'art. 3, comma 1, legge n. 140/2003 si pone in netto contrasto con l'interpretazione dell'art. 68, comma 1, Cost. costantemente accolta dalla Corte costituzionale e con le esigenze di certezza e di garanzia ad essa sottese.

L'art. 3, comma 1, legge n. 140 del 2003 stabilisce, infatti, che l'art. 68, comma 1, Cost. debba essere applicato non solo alle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari tipiche («per la presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, per le interpellanze e le interrogazioni, per gli interventi nelle assemblee e negli altri organi delle Camere, per qualsiasi espressione di voto comunque formulata, per ogni altro atto parlamentare»), ma anche ad ogni altra dichiarazione — «di divulgazione, di critica, di denuncia politica» — che, lungi dal limitarsi a riportare quanto già manifestato in un atto parlamentare, sia comunque «connessa alla funzione parlamentare, espletata anche al di fuori del Parlamento».

Si introduce in tal modo, per il tramite di una legge ordinaria, una nozione di «insindacabilità» che codesta Corte, a partire dalle citate sentenze n. 10 e 11 del 2000 ha censurato, ritenendola in contrasto con l'art. 68, comma 1, Cost.

La garanzia dell'art. 68 comma 1, Cost. andrebbe, infatti, a coprire tutta una serie di dichiarazioni, difficilmente determinabili a priori, del tutto slegate dalle procedure parlamentari tipiche e da quelle forme di controllo ad esse inerenti, tramite le quali si realizza il bilanciamento tra prerogative dell'istituzione parlamentare e tutela dell'individuo.

La disciplina adottata sembra dunque collocarsi al di là dei limiti stabiliti nell'art. 68 Cost., e la sua introduzione con semplice legge ordinaria, oltre a confliggere con tale disposizione, appare violare anche i principi di cui all'art. 24, comprimendo i diritti della persona offesa dal reato, senza che tale lesione sia legittimata da una fonte di pari grado.

Infine, la norma in questione sembra ledere anche l'art. 3 della Cost., che stabilisce l'eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge. Orbene, tale principio (la cui deroga è dalla Carta fondamentale stabilita nell'art. 68 comma 1, nei limiti già indicati) non sembra legittimamente superabile attraverso una legge ordinaria che introduca, solo per una determinata di categoria, una causa di punibilità che non si applica alla generalità dei consociati.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost., 23 e ss., legge 11 marzo 1953, n. 87;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, legge n. 140/2003, per violazione degli artt. 68, comma 1, 24, comma 1, e 3 Cost.;

Dispone la trasmissione degli atti del procedimento alla Corte costituzionale;

Sospende il presente giudizio fino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale;

Manda alla cancelleria per la immediata notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché per la sua comunicazione ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Ordinanza letta all'udienza del 10 luglio 2003.

Il giudice: GALLUCCI

N. 715

*Ordinanza dell'1° luglio 2003 emessa dal g.u.p. del Tribunale di Milano
nel procedimento penale a carico di Dell'Utri Marcello*

Parlamento - Immunità parlamentari - Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68, primo comma, della Costituzione - Insindacabilità delle opinioni espresse dai membri del Parlamento nell'esercizio delle loro funzioni - Applicazione - Criteri e procedimento - Concessione, con legge ordinaria, della guarentigia anche in mancanza della precisa corrispondenza tra le attività svolte fuori dal Parlamento e l'attività tipica parlamentare - Violazione del principio di uguaglianza con riferimento ai privati cittadini e lesione del diritto di difesa dei medesimi.

- Legge 20 giugno 2003, n. 140, art. 3, commi 1, 3, 4, 5, 7.
- Costituzione, artt. 3 e 24.

IL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI

Sulla questione di costituzionalità sollevata dalla difesa delle parti civili Giancarlo Caselli, Guido Lo Forte, Domenico Gozzo, Antonio Ingroia, Mauro Terranova, Lia Sava, Umberto De Giglio, relativamente alla violazione degli artt. 3, 24, 101, 112 e 117 della Costituzione dall'art. 3 commi 1, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 della legge n. 140/2003, sentite le difese e sentito il pubblico ministero che si è associato alla difesa, di parte civile e la difesa dell'imputato Dell'Utri che ha ritenuto la questione non rilevante,

O S S E R V A

Nel presente procedimento rubricato n. 2308/2003 RG g.i.p. del Tribunale di Milano, a Marcello Dell'Utri contestato in concorso con Pino Corrias di aver offeso la reputazione delle predette parti civili, tutti magistrati presso la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, in relazione a due articoli pubblicati il 10 marzo 1999 e il 15 luglio 1999 sul quotidiano La Stampa di Torino.

All'odierna udienza preliminare i difensori di Dell'Utri, contumace, hanno richiesto in principalità emettersi sentenza *ex art.* 129 c.p.p. per la sussistenza dell'esimente di cui al primo comma dell'art. 68 Cost.; in subordine sospendersi il procedimento in relazione alla sola posizione dell'imputato Dell'Utri *ex art.* 3 della legge 140 del 20 giugno 2003. Il patrono di parte civile e il pubblico ministero, che si è associato, hanno eccepito la incostituzionalità del meccanismo predisposto dall'art. 3 comma 1, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 della legge n. 140/2003 perché in contrasto con l'art. 3 Cost. che sancisce l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, con l'art. 24 Cost. con riferimento all'impossibilità da parte delle persone offese di far valere i propri diritti, con l'art. 101 Cost. che prevede che i giudici sono soggetti solo alla legge, con l'art. 112 Cost. secondo il quale il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale mentre nel caso di specie l'accusa si troverebbe vincolata da una richiesta di archiviazione e con l'art. 117 Cost. in quanto in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

I difensori dell'imputato hanno rilevato che in mancanza allo stato della decisione del Parlamento, nella fattispecie del Senato della Repubblica, la questione non sarebbe rilevante e hanno dunque insistito nelle conclusioni assunte in via principale e subordinata.

L'art. 68 della Costituzione nella sua vigente formulazione garantisce al primo comma i membri del Parlamento con riferimento alle opinioni espresse ed ai voti dati nell'esercizio delle loro funzioni, stabilendo che per quelle opinioni e per quei voti essi non possono essere chiamati a rispondere. Nel dirimere i conflitti ripetutamente sollevati dai giudici ordinari rispetto alle decisioni della Camera con riferimento alla insindacabilità dei propri membri, la Corte costituzionale, sul presupposto che la insindacabilità garantita dalla Costituzione rappresenta una eccezione al principio generale per il quale tutti i cittadini sono soggetti alla giurisdizione, ha considerato coperti dalla insindacabilità gli atti tipici dell'attività parlamentare, richiedendo invece per le attività svolte fuori dal Parlamento una sostanziale corrispondenza di contenuto con i predetti atti tipici, ed indicati dall'art. 3 comma 1 della legge in questione (presentazione di disegni di proposta di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, interpellanze e interrogazioni, interventi nelle assemblee e negli altri organi delle Camere, qualsiasi espressione di voto comunque formulata ed ogni altra attività parlamentare) e in applicazione di questi principi la giurisprudenza costituzionale giunta a negare la tutela per le prerogative parlamentari con riferimento

ad una conversazione fra componenti del Parlamento svolta all'interno dell'edificio ma fuori dall'aula, cioè nel locale di ristorazione, giacché quella conversazione non evidenziava alcuna corrispondenza con l'attività parlamentare di cui sopra.

Nella parte motiva della sentenza (n. 509/2002) i Giudici delle leggi rilevano che nella giurisprudenza della Corte «non si è infatti mai accolto in base alla formulazione dell'art. 68, comma 1 della Costituzione, il criterio della mera localizzazione dell'atto ma si è invece specificato che sono coperti dall'immunità gli atti svolti all'interno dei vari organi parlamentari o anche paraparlamentari, cioè atti che si esplicano nell'ambito di lavori comunque rientranti nel campo applicativo del diritto, parlamentare in quanto proprio tale condizione connota l'esercizio di funzioni parlamentari. In base a questo criterio dunque si devono ritenere coperti dall'insindacabilità gli atti di funzione anche se compiuti *extra moenia* mentre non si devono ritenere coperti gli atti non di funzione anche se compiuti all'interno del Parlamento. In definitiva il criterio di delimitazione dell'ambito di operatività dell'immunità è quello funzionale e non già quello spaziale. La sede di svolgimento non può pertanto di per sé sola conferire carattere di funzione parlamentare ad una comunicazione privata svoltasi tra due parlamentari nella buvette della Camera giacché tale circostanza attiene semmai ad un asserito contesto politico che secondo la giurisprudenza (della) Corte non può di per sé stesso fare presumere l'esistenza di un nesso funzionale idoneo a rendere insindacabili le opinioni espresse».

Tra i precedenti espressamente richiamati dalla sentenza ora citata rientra anche la sentenza n. 10/2000 della Corte costituzionale, nella quale la Corte rileva di aver già più volte sottolineato che «la prerogativa di cui all'art. 68 comma 1 della Costituzione non copre tutte le opinioni espresse dal parlamentare nello svolgimento della sua attività politica ma solo quelle legate da nesso funzionale con le attività svolte nella qualità di membro della Camera ... pacifico che costituiscano opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni quelle manifestate nel corso dei lavori della Camera e dei suoi vari organi in occasione dello svolgimento di una qualsiasi fra le funzioni svolte dalla Camera medesima ovvero manifestate in atti anche individuali costituenti estrinsecazioni delle facoltà proprie del parlamentare in quanto membro dell'Assemblea. Invece l'attività politica svolta dal parlamentare al di fuori di questo ambito non può dirsi di per sé esplicazione della funzione parlamentare nel senso preciso cui si riferisce l'art. 68 comma 1 Cost. Nel normale svolgimento della vita democratica e del dibattito politico le opinioni che il parlamentare esprima fuori dai compiti e delle attività delle assemblee rappresenta piuttosto esercizio dell'attività di opinione comune a tutti i consociati: ad essa dunque non può estendersi senza snaturarla una immunità che la Costituzione ha voluto in deroga al principio generale di legalità e di giustiziabilità dei diritti riservare alle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni. La linea di confine fra la tutela dell'autonomia della libertà delle Camere e, a tal fine della libertà di espressione dei loro membri da un lato, e la tutela dei diritti e degli interessi costituzionalmente protetti, suscettibili di essere lesi dalle espressioni di opinioni, dall'altro lato; fissata dalla Costituzione attraverso la delimitazione funzionale dell'ambito della prerogativa. Senza questa delimitazione l'applicazione della prerogativa la trasformerebbe in un privilegio personale finendo per conferire ai parlamentari una sorta di statuto personale di favore quanto all'ambito ed ai limiti della loro libertà di manifestazione del pensiero: con possibili distorsioni anche del principio di uguaglianza e di parità di opportunità tra i cittadini nella dialettica politica».

Ora, l'art. 3 della legge n. 140/2003 impone al comma 3 al giudice, quando in un procedimento giurisdizionale è rilevata o eccepita l'applicabilità dell'art. 68 comma 1 della Costituzione, ove non ritenga applicabile la garanzia costituzionale, di trasmettere con ordinanza non impugnabile e senza ritardo direttamente copia degli atti alla Camera alla quale il membro del Parlamento appartiene o apparteneva al momento del fatto. Peraltro l'alinnea dell'art. 3 stabilisce che l'art. 68 comma 1 Cost. si applica in o caso non solo per la presentazione di disegni di proposta di legge, emendamenti, ordine del giorno, mozioni e risoluzioni per le interpellanze e le interrogazioni, per gli interventi nelle assemblee e negli altri organi delle Camere, per qualsiasi espressione di voto comunque formulata, per ogni altra attività parlamentare, ma anche «per ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica, di denuncia politica connessa alla funzione di attività parlamentare, espletata anche fuori dal Parlamento». Ebbene, anche alla luce dell'interpretazione dell'art. 68 primo comma Cost. fornita dal predetto consolidato orientamento costituzionale, non manifestamente infondato ritenere le disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 Cost. dettate dal meccanismo di cui all'art. 3 della legge n. 140/2003, che segue ad una lunga teoria di decreti legge mai convertiti (menzionati dall'art. 8 della legge in questione che afferma la validità degli atti e dei provvedimenti adottati e la salvezza degli effetti prodotti e dei rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi), contrarie agli artt. 3 e 24 della Costituzione nella parte in cui le garanzie dell'art. 68 comma 1 Cost. vengono concesse anche in mancanza della precisa corrispondenza tra le attività svolte fuori dal Parlamento con l'attività tipica parlamentare esemplificata nella prima parte dell'art. 3 comma 1 della legge n. 140/2003, legge ordinaria e non costituzionale.

La Camera interessata, nella fattispecie il Senato della Repubblica, alla quale può rivolgersi ai sensi del comma 7 del citato art. 3 direttamente il singolo parlamentare potrebbe riconoscere l'applicabilità dell'art. 68 comma 1 anche nei casi di ispezione, divulgazione, critica e denuncia politica espletati anche fuori dal Parlamento e connessi alla funzione parlamentare, sebbene in tali casi manchi quella corrispondenza richiesta dalla Corte costituzionale con l'attività parlamentare rigidamente tipizzata, e l'art. 68 della Costituzione limiti la tutela costituzionale alle opinioni espresse e ai voti dati nell'esercizio delle funzioni parlamentari. Viene meno, dunque, in questo caso, la ragione della prerogativa con conseguente violazione dell'art. 3 Cost. con riferimento ai cittadini, che non rivestono attività parlamentare e dell'art. 24 Cost. non essendo i privati cittadini raggiunti da tale attività nelle condizioni di tutelare i propri diritti. Essendo la scelta di cui all'art. 3 comma 3, 4 e 5 da operarsi nella presente udienza preliminare sulla base del paradigma dettato dal comma 1 del medesimo art. 3 da parte di questo giudice, la questione anche, ovviamente, rilevante.

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 comma 1, 3, 4, 5 e 7 della legge n. 140/2003, con riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, sospende il giudizio in corso nei confronti di Dell'Utri Marcello ed ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata al Presidente del Senato della Repubblica e al Presidente della Camera dei deputati.

Così deciso in Milano il primo luglio 2003.

Il giudice per le indagini preliminari: GAMACCHIO

03C1005

GIANFRANCO TATOZZI, *direttore*

FRANCESCO NOCITA, *redattore*

(6501610/1) Roma, 2003 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. - S.



* 4 5 4 1 0 5 0 0 0 3 0 9 1 7 *

€ 6,40