



NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO

LE FRONTIERE DELLA LEGALITA' - PARTE 2

ECESSO DI POTERE -

PROF. VINCENZO CARBONE – PRES. EMERITO CORTE CASSAZIONE

NUMERO DI FEBBRAIO 2013

Sito mensile telematico gratuito
a carattere giuridico-scientifico

Anno 2013

Direttore responsabile: Michela Pecoraro (michela.pecoraro@nuovefrontierediritto.it)

Fondatore: Federica Federici (federica.federici@nuovefrontierediritto.it)

Direttore scientifico: Federica Federici (federica.federici@nuovefrontierediritto.it)

Coordinatore: Marianna Sabino (marianna.sabino@nuovefrontierediritto.it)

Comitato scientifico in materie giuridiche: Federica Federici, Emanuela Loria, Barabra Carrara, Domenico Salvatore Alastra, Luigi Caffaro, Filomena Agnese Chionna, Piero Algieri, Domenico Di Leo, Marianna Sabino, Rosalia Manuela Longobardi, Massimo Marasca, Alberto Eramo, Alessia Canaccini, Carlo Pilia, Donatella Rocco, Giancarlo Trovato, Domenico Arcuri, Valentina d'Aprile, Martino Modica.

Specialisti in materie scientifiche: Paolo Capri (psicologo giuridico e criminologo) - Sergio Nucci (medico chirurgo) - Lanfranco Belloni (fisico) - Fabio Delicato (criminologo)

Webmaster: Riccardo Scannapieco

Hanno collaborato alla rivista del mese: Prof. Vincenzo Carbone, Avv. Teresa Giacobelli, Dott. Claudia Zangheri Neviani, Dott. Claudio Amato, Dott. Francesco Di Paolo, Libreria Guidoni.

Nuove frontiere del diritto è una rivista on line fruibile su www.nuovefrontierediritto.it

ISSN 2240 - 726X

Nuove frontiere del diritto non è un giornale registrato. Si intende, invece, come un sito che pubblica da gennaio 2013 contenuti i cui responsabili, in sede civile, penale ed amministrativa, sono il nuovo proprietario del dominio web e l'attuale gestione. Le singole posizioni (proprietario e gestori) sono precisate nel 'Chi siamo' del sito.

Copyright 2013 - Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati

Nuove frontiere del diritto ha un Gruppo Facebook, una pagina Facebook ed una pagina Twitter (@RedazioneNfd)

La redazione: redazione@nuovefrontierediritto.it

Le e-mails: info@nuovefrontierediritto.it
friends@nuovefrontierediritto.it

Attenzione: La pirateria editoriale ed informatica sono reati. I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione ed adattamento (totale o parziale), con qualunque mezzo, sono riservati per tutti i Paesi. Sono consentite la riproduzione, stampa e copia per uso personale. Tutte le altre forme di riproduzioni *on line* ed analogico-digitali potranno avvenire solo col consenso scritto della redazione (redazione@nuovefrontierediritto.it) e con obbligo di citazione della fonte. In caso contrario sono fatti salvi tutti i diritti, i quali si faranno valere sia in sede penale che in quella civile.

NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO

Mese di febbraio

S O M M A R I O

- **Eccesso di potere (Prof. Vincenzo Carbone)**

- **Sulla norma penale in bianco (Dott. Federica Federici)**

- **PRINCIPIO DI LEGALITA' NEL DIRITTO PENALE CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA RISERVA DI LEGGE E FONTI SOPRANAZIONALI E GIURISPRUDENZA PIU' RECENTE (Avv. Teresa Giacobelli)**

- **I CONCETTI DI ORDINE PUBBLICO, BUON COSTUME, SICUREZZA PUBBLICA, IN DOTTRINA E IN GIURISPRUDENZA (Dott. Claudia Zangheri Neviani)**

- **Atto, fatto e negozio – Premessa (Dott. Claudio Amato)**
- **Rassegna sul principio di legalità nel diritto amministrativo (Dott. Francesco Di Paolo)**

- **Lineamenti dell'appello nel procedimento sommario di cognizione (Avv. Alberto Gian Maria Eramo)**

- **Segnalazioni editoriali**



Il sito **Nuove Frontiere del Diritto** ha aperto il 2013 con ben tre numeri interamente dedicati ad un solo tema **La Legalità**, che mirano ad affrontare, laddove opportuno e possibile con approccio interdisciplinare, alcune delle principali tematiche legate al **principio della legalità**, ancor meglio, alla sua attuazione e al fenomeno dell'evidente crisi in cui esso ad oggi sembrerebbe versare, nel necessario contemperamento di due opposte esigenze: garanzia della certezza delle regole in senso generale ed astratto e equo trattamento del singolo nella fattispecie concreta. Il principio di legalità dovrebbe rappresentare appunto il criterio regolativo del confronto tra queste due esigenze, ma di fatto oggi sembra non rispettare principi fondamentali quali **ragionevolezza** e **proporzionalità** nei rapporti tra privato e pubblica autorità.

Questo secondo numero apre con un preziosissimo contributo del **Presidente Emerito della Corte di Cassazione Prof. Vincenzo Carbone** sull'eccesso di

potere, frutto di una sua relazione ad un recente Convegno sugli appalti pubblici. Con l'augurio che **circolino nuove idee** ha con grande umiltà e disponibilità dato consenso alla sua pubblicazione. La sottoscritta offre un breve saggio sulla **norma penale in bianco**, Segue una trattazione dell'Avv. Giacobelli sul **principio di legalità** - questa volta - **nel diritto penale** e una corposa analisi della Dott. Zangheri di alcuni fondamentali principi (**buon costume, ordine pubblico e sicurezza**), il cui significato è spesso dato per scontato, ai quali si richiama il nostro ordinamento come sovraprincipi cardine e ai quali si ricorre in tutti i casi di vuoto normativo.

Iniziamo con questo numero un'ampia trattazione a firma Dott. Claudio Amato **sull'atto, fatto e negozio**, istituti da sempre oggetto di ampi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali e soprattutto sempre attuali ed utili per gli operatori del diritto e per ogni ambito applicativo. In questo numero la premessa del saggio.

Chiude la parte di diritto sostanziale la consueta **rassegna giurisprudenziale** sul principio, questa volta nel **diritto amministrativo**, come sempre acutamente introdotta dal Dott. Francesco Di Paolo.

Segue la consueta incursione in ambito **processualistico** ad opera del puntuale Avv. Alberto Gian Maria Eramo e chiudono le **segnalazioni editoriali** di recente uscita nelle librerie.

Buona lettura,
Federica Federici

ECESSO DI POTERE

a cura del Prof. Vincenzo Carbone

Presidente Emerito della Corte di Cassazione

Premessa

Eccesso di potere: espressione ontologicamente problematica.

Potere o potestà indica la situazione giuridica di colui al quale è legalmente consentito o quanto meno non è vietato di fare qualcosa e si avvicina a "diritto", "facoltà", "legittimazione". Nei confronti di chi esercita un potere pubblico (legislatore, giudice, governo e P.A.) e cioè potere legislativo, esecutivo, giudiziario significa potestà legalmente attribuita di produrre con una sua pronuncia legge, atto amministrativo, decisione, una modifica nei rapporti giuridici.

L'eccesso di potere, non indica un soggetto incompetente o non legittimato, ma vuole significare che il giudice o la P.A. agisce oltre i limiti, entro i quali la legge vuole che il che il soggetto operi o che il potere sia adoperato.

Il termine deriva dall'espressione francese "*excès de pouvoir*" cara a Charles-Louis de Secondat, barone de La Brède et de *Montesquieu*, meglio noto unicamente come *Montesquieu* che intorno all'anno 1750 si batteva per la separazione dei poteri: il concetto venne accolto dalle legislazioni europee non come straripamento di potere, ma con l'espressione *détournement de pouvoir* come uso improprio del potere per un fine diverso da quello attribuito.

I. I nuovi criteri di interpretazione.

Dall'interpretazione statica a quella dinamica. Dall'art.12 delle preleggi: (lettera, ratio e voluntas del legislatore, analogia legis e iuris; se l'analogia non basta, si ricorre ai principi generali dell'ordinamento dello Stato), all'art. 117 co.1 Cost. novellato nel 2001 sull'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata e conforme ai principi dell'U.E.

Modernità del c.p.a. del 2010 (art.1) rispetto al c.p.c. del 1942 che richiama la Costituzione e diritto europeo.

L'art. 117 co. 1 Cost. vincola non solo il legislatore, ma anche il giudice.

Il primato del diritto comunitario impone al giudice nazionale di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie, indipendentemente dal fatto che il giudice costituzionale nazionale abbia deciso di rinviare la cessazione degli effetti delle disposizioni dichiarate incostituzionali: Corte giustizia Comunità europee, 19-11-2009, 314/08, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 2483

II Il difficile dialogo tra legge astratta e caso concreto da risolvere.

1. *Leggi giuridiche non sono fisse e immutabili come quelle fisiche.* (Galileo Eppur si muove. Brecht, Ode al dubbio tra Tolomeo e Copernico)
2. *Ne cives ad arma ruant* (lotta legale art 111 Cost. davanti ad un giudice terzo e imparziale) *per risolvere il caso.* (Menandro Epitrepontes pastore Dravo boscaiolo Siro decide Smicrine).
3. *L'evoluzione interpretativa tra testo e contesto:* la tesi di Porzia (Shakespeare, Il Mercante di Venezia)
4. La *sistematicità:* il tessuto come il risultato dei fili correttamente impostati. (Faust di Goethe).

III. I riferimenti codicistici sull'eccesso di potere giurisdizionale

1. L'art. 362 c.p.c. rivisitato (nel 1999) dall'art. 111 Cost. co. 7 e 8. Il fossile giuridico dell'art. 368 c.p.c. Il lodo arbitrale.

1.1. L'art. 362 c.p.c. al co. 1 prevedeva il *ricorso per cassazione* per motivi attinenti alla giurisdizione delle decisioni di un giudice speciale, nonché la ricorribilità per cassazione avverso i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali o tra questi e i giudici ordinari e i conflitti negativi di attribuzione tra la P.A. e il giudice ordinario vale a dire questioni di giurisdizione e di attribuzione.

La disposizione è dal 1999 integrata in base al disposto di cui all' art. 111, c. 7, Cost. e in parte dall' art. 111, c. 8, Cost..

In base alla prima modifica le sentenze dei giudici speciali - ancorché la legge ne preveda l'impugnabilità solo per problemi di giurisdizione o di incompetenza - sono ritenute ricorribili in cassazione per ogni ipotesi di violazione di legge, alla luce della loro natura giurisdizionale, e non solo quindi per motivi attinenti alla giurisdizione.

La seconda modifica limita la ricorribilità delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti solo per motivi attinenti alla giurisdizione. La giurisprudenza è ferma nel ritenere che rispetto a questi giudici riconosciuti nel titolo IV sez., I, all'art. 103 co. 1 e 2 non sia sindacabile la violazione di legge: Cass. s.u. 16.2.09 n. 3688. L' art. 111, c. 8, Cost. non distingue tra pronunce in tema di interessi legittimi e pronunce in tema di diritti soggettivi e, pertanto, trova applicazione tanto per le une quanto per le altre.

1.2 **L'innovazione costituzionale** comporta che le decisioni dei giudici, amministrativi e contabili l'impugnazione con ricorso alle sezioni unite per i soli motivi attinenti alla giurisdizione, mentre le decisioni degli altri giudici, pur definiti speciali, come i tributari, fanno capo alla Corte di Cassazione utilizzando gli altri motivi di ricorso dell'art. 360 c.p.c.

Tra i possibili esempi di pronunce di giudici speciali, contro le quali si può ricorrere in cassazione, si ricordano le decisioni del *Tribunale superiore delle acque pubbliche*, le decisioni della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, e le decisioni del Consiglio nazionale forense o di altri organi professionali investiti di giurisdizione disciplinare interna come la Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie.

1.3. Un fossile giuridico: l'art. 368 c.p.c.

Il decreto con cui il prefetto, nel caso in cui la P.A. non sia parte in causa, richiedeva, a norma degli artt. 41, co. 2, e 368 c.p.c. che le Sezioni unite della Corte di cassazione dichiarino il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti alla P.A., costituiva in realtà, l'esercizio di un potere di veto, cui conseguiva, la sospensione del procedimento, e l'onere per le parti del giudizio di investire della questione di giurisdizione la Corte di cassazione, mediante ricorso per regolamento di giurisdizione (Cass. civ., sez. un., 27-07-1998, n. 7340).

La norma, che metteva in evidenza un'insanabile frattura con il processo civile, attraverso l'interferenza di un terzo nel processo, il prefetto, è stata implicitamente abrogata.

È venuto meno il referente normative perché l'art. 19, co. 2, r.d. 3.3.1934 n. 383, che regolava i poteri del prefetto è stato abrogato dal nuovo t.u. sull'ordinamento degli enti locali (d.lgs. 18.8.2000 n. 267), che all' art. 274, c. 1, lett. a, ha abrogato l'intero r.d. 3.3.34, n. 383.

1.4 Quid juris se l'eccesso di potere giurisdizionale riguardi un lodo arbitrale?

Cass. civ., sez. I, 18-09-2009, n. 20141.

L'eccesso di potere giurisdizionale in cui siano incorsi gli arbitri, traducendosi in un vizio del lodo che ne comporta la nullità (ex art. 829, 1 co. n. 4, c.p.c.), deve essere dedotto, come motivo di impugnazione, dinanzi alla corte d'appello, e non anche, per la prima volta, in cassazione (pena l'inammissibilità del ricorso), applicandosi anche alle sentenze arbitrali il principio (art. 161, 1 comma, c.p.c.) della conversione in motivi di gravame delle cause di nullità della sentenza.

IV. Denuncia dei conflitti di giurisdizione.

1 Il tempo della denuncia

Alle sez. un. della Cassazione i conflitti di giurisdizione tra giudici speciali e quelli tra giudici speciali e giudici ordinari possono essere denunciati, in ogni tempo e indipendentemente dal passaggio in giudicato delle sentenze in contrasto.

Non è necessario, affinché si riscontri l'esistenza di un conflitto reale, che le due cause siano perfettamente identiche, essendo sufficiente che - pur in presenza di diverso petitum - le cause postulino la soluzione della medesima questione di giurisdizione.

Di contrario avviso, si è ritenuto che presupposto indefettibile per la denunciabilità con ricorso per cassazione di un conflitto reale, positivo o negativo, di giurisdizione è l'identità della lite cui si riferiscono le decisioni dei diversi giudici: non si configura, tuttavia, un vero e proprio contrasto di giurisprudenza, atteso che, anche secondo la più recente pronuncia, tale identità è da valutare alla stregua del petitum sostanziale, cioè del titolo della pretesa.

2 Conflitto positivo e reale in base a sentenze affermative della giurisdizione sulla stessa domanda da parte di giudici diversi

Deve trattarsi di un conflitto reale e non virtuale: il conflitto reale è positivo quando un giudice speciale ed uno cd. ordinario, ovvero due giudici speciali, abbiano entrambi emesso una sentenza - è necessario infatti che il conflitto sorga in base a sentenze - (ancorché impugnata o suscettibile d'impugnazione) affermando la propria giurisdizione sulla stessa domanda, cioè in presenza di identità di petitum sostanziale.

Ove si intenda far valere il principio della prevalenza della forma sulla sostanza (per avere il provvedimento la forma di ordinanza anziché quello, richiesto a mente dell'art. in commento, di sentenza), è necessario allegare e dimostrare l'effettiva realizzazione della funzione conclusiva del giudizio, che postula la cessazione del procedimento davanti al giudice che abbia emesso la pronuncia medesima. Così, l'ordinanza che declini la giurisdizione in sede cautelare, non può generare un conflitto negativo, anche a fronte di una sentenza emessa da un altro ordine giurisdizionale, declinatoria sulla domanda proposta per il merito, stante l'appellabilità della pronuncia impugnata. A fronte di tale conflitto, le s.u. individuano il giudice investito della giurisdizione ed annullano la decisione emessa dal giudice che ne è privo.

3. Conflitto, negativo di giurisdizione e di attribuzione

Ricorre quando nella stessa situazione entrambi i giudici abbiano negato la propria giurisdizione e si siano spogliati della causa, anche con provvedimenti che non siano equiparabili a sentenze, nel qual caso non può farsi ricorso al regolamento di giurisdizione. Poiché, appunto, ai fini della configurabilità del conflitto negativo di giurisdizione è necessario che entrambi i giudici abbiano escluso in capo a sé il potere di decidere la causa, detta ipotesi non ricorre qualora, mentre il giudice amministrativo abbia declinato la propria giurisdizione, quello civile abbia, invece, emesso provvedimenti che presuppongano l'affermazione della propria giurisdizione.

4 Il diritto vivente ha introdotto il giudicato implicito.

Il giudicato interno o implicito sussiste sia se la questione di giurisdizione sollevata e decisa nel primo grado del processo speciale non sia stata impugnata, sia se sia stata sollevata solo in sede di gravame dopo essere stata accettata in primo grado. In tal caso la questione è preclusa per [\[Cass. s.u. 6.3.09 n. 5468; Cass. s.u. 21.11.08 n. 27618\]](#)

5. La *translatio iudicii*

Con l'intervento delle ben note sentenze C s.u. 22.2.07 n. 4109 e C cost., 12.3.07 n. 77 nonché C Stato VI 13.3.08 n. 1059, che hanno riconosciuto interpretativamente la *translatio iudicii* che impone al giudice dichiaratosi privo di giurisdizione di rimettere le parti innanzi a quello indicato come fornito di giurisdizione per consentire che il processo prosegua senza ricominciare da capo, ma non hanno risolto la questione del conflitto negativo.

6. Regolamento d'ufficio dal 2009 del giudice cui è rimessa la causa se ritiene di non avere giurisdizione

Con l'entrata in vigore dell'art. 59, l. 69/2009, e con il regolamento d'ufficio si riteneva che i conflitti negativi sarebbero destinati a scomparire. A fronte di una sentenza denegatoria di giurisdizione, la parte riassume la controversia davanti al giudice dichiarato fornito di giurisdizione, senza bisogno di proporre nuovamente la domanda.

Il secondo giudice adito in riassunzione non potrebbe più declinare la propria giurisdizione, ma solo (eventualmente) sollevare la questione di giurisdizione davanti alle Sezioni unite.

Contra: Cass. civ. sez. un. 24.1.2013 n. 1714 che si è espressa per l'irrelevanza della mancata proposizione del regolamento d'ufficio. Il conflitto negativo di giurisdizione (art. 362 co. 2 n.1 c.p.c.) tra giudice ordinario e giudice amministrativo è ammissibile, anche dopo l'art. 59 della l. 18.6.2009 n.69, che ha introdotto per il giudice cui è stata rimessa la causa per il dichiarato difetto di giurisdizione il potere di sollevare d'ufficio il regolamento di giurisdizione. Nella specie il conflitto negativo di giurisdizione, è stato risolto a favore del giudice ordinario sulla domanda di indennità spettante al ricorrente per l'occupazione legittima del terreno di sua proprietà.

7 Conflitti positivi di attribuzione tra giudice e P.A. Art. 134 Cost.

L'art. 362, c. 2, deve essere armonizzato con il disposto dell'art. 134 Cost., secondo il quale giudice dei conflitti positivi di attribuzione tra i poteri dello Stato è la Corte Costituzionale.

L'art. 362 trova spazio solo ove il conflitto tra giudice civile e P.A. sia negativo e non anche se questo sia positivo. Né in materia va pretermesso il dato testuale dell'art. 37, c. 2, l. 11.3.53 n. 87, contenente la disciplina della Corte Costituzionale, a norma del quale "restano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione", con ciò tendenzialmente escludendo che i conflitti di giurisdizione possano ricondursi alla materia affidata alla cognizione della Consulta dall'art. 134 Cost..

Secondo una parte della dottrina che si è occupata dell'argomento, un conflitto negativo tale da giustificare il rimedio in parola si verifica nel momento in cui giudice civile e P.A. sono sostanzialmente d'accordo nel negare l'esistenza in capo all'interessato di un interesse in qualche modo meritevole di tutela. In realtà, esso si profila quando il giudice civile nega la tutela richiesta, affermando che trattasi di una questione che spetta ai poteri della P.A. e

questa, da parte sua, nega il provvedimento richiesto affermando che la pronuncia di un simile provvedimento rientri nei poteri del giudice civile. Quindi, il conflitto "origina dalla motivazione del *rifiuto di occuparsi di una certa materia* da parte del giudice civile e della P.A., non dal puro e semplice rifiuto di occuparsene".

Evoluzione del concetto di giurisdizione.

1. Le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti sono impugnabili in Cassazione solo per motivi inerenti alla giurisdizione.

1.1 Il cattivo esercizio della giurisdizione attiene all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo e contabile. La cassazione delle decisioni del giudice amministrativo o del giudice contabile, non può essere chiesta per violazione di norme di diritto (art. 360 c.p.c., n. 3) o di norme che regolano il processo davanti a sé o ne disciplinano i poteri (art. 360 c.p.c., n. 4).

Il sindacato, cioè, non può essere esteso al modo in cui la giurisdizione sia stata esercitata (per denunciare *errores in procedendo* o *errores in iudicando*) perché ciò non attiene ai limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali (Cass. s.u. 3.3.10 n. 5030, Cass. s.u. 11.2.10 n. 3202; Cass. s.u. 6.2.09 n. 3688).

Tale ipotesi ricorre quando il Consiglio di Stato o la Corte dei Conti:

- a) abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione civile o ad altra giurisdizione speciale, oppure
- b) abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenesse ad altro giudice, ovvero ancora quando,
- c) in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo sindacato della legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito.

Il sindacato delle sez. un. è circoscritto in concreto all'accertamento di *vizi che attengano* all'essenza della funzione giurisdizionale e *non* al modo del suo esercizio.

1.2 Si deve anche tener conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione (Cass. civ., sez. un., 23-12-2008, n. 30254).

Ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle sezioni unite sulle decisioni del consiglio di stato che quei limiti travalichino, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione, dovuta a molteplici fattori e valori

- a) costituzionali: giusto processo, tempi ragionevoli, parità delle parti, terzietà del giudice, giurisdizione sul rapporto o sul rapporto che deriva dall'atto amministrativo, ampliarsi della giurisdizione ed esclusiva ed ampliarsi del sindacato sul potere amministrativo

b) comunitari: effettività della tutela giurisdizionale, ricorso alla pregiudiziale comunitaria, ampliato controllo della Corte di Lussemburgo dopo il trattato di Lisbona sulle attività amministrativa.

1.3 L'evoluzione del controllo giurisdizionale:

a) Non più un giudizio di mera qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, e di *mero accertamento* del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato,

b) La tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, (24 e 111 Cost.) che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività della tutela dei diritti e degli interessi legittimi (che sono un bene della vita) dei cittadini anche nei confronti della P.A.

c) La giurisdizione non individua solo i presupposti dell'attribuzione *del potere giurisdizionale*, ma dà contenuto a quel potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca; pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, 8° comma, cost., la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale, così esercitando il sindacato per violazione di legge che la suprema corte può compiere anche sulle sentenze del giudice amministrativo

2. Le questioni di giurisdizione affrontate in sede di giudizio di ottemperanza.

2.1. Il ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato comprende anche le questioni di giurisdizione in sede di giudizio di ottemperanza

Nel caso in esame il comune di Roma non rilascia la concessione edilizia, richiesta nel 1976 e illegittimamente negata nel 1995 come ritiene il giudice amministrativo Nel giudizio di ottemperanza il commissario ad acta nominato nel 2010 autorizza la realizzazione di un complesso immobiliare di tipologia e dimensioni maggiori. Il ricorso del Comune di Roma è respinto (Cass., sez. un. 19 ottobre 2012 n. 17936) perché l'eccesso di potere giurisdizionale, che consente il ricorso alle Sezioni Unite, nel caso di ipotetico abuso dello strumento del giudizio di ottemperanza, si verifica non in presenza di un errore nella scelta del rito o di violazione delle regole processuali amministrative (ove è astrattamente possibile configurare errores in procedendo, non certo esorbitanza dai confini del potere), ma unicamente se, per effetto dell'estensione della giurisdizione al merito, ex art. 134 comma 1, lett. a, c.p.a. ne sia derivato un indebito sconfinamento del provvedimento giurisdizionale nella sfera delle attribuzioni proprie dell'amministrazione o, eventualmente, di un giudice appartenente ad un ordine diverso.

In un altro caso le S.U. hanno rigettato il ricorso volto a denunciare lo sconfinamento dei limiti esterni della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo nella

sentenza che aveva disposto che al rinnovo della procedura valutativa in un concorso per la copertura di un posto di professore universitario associato avrebbe dovuto provvedere una commissione d'esame diversamente composta, da nominarsi a cura dell'Università (Cass. civ. Sez. Unite, 28 aprile 2011, n. 9443)

Si è affermato che l'eccesso di potere giurisdizionale, denunciabile ai sensi [dell'art. 111, co. 8 Cost.](#) sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, nel senso che, procedendo ad un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.

3.L'eccesso di potere giurisdizionale, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito.

3.1 Lo sconfinamento nel merito da parte del giudice amministrativo si configura quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto.

Lo stesso vale quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, nel senso che, procedendo ad un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.

Tra i casi in cui le s.u. hanno escluso un conflitto di giurisdizione (Cass. civ., sez. un., 26-04-2012, n. 6491), rientra l'autorizzazione alla produzione di energia da fonte eolica, concessa dalla P.A. e confermata dal giudice amministrativo nonostante l'opposizione di Italia nostra, escludendo la necessità del parere della soprintendenza alla tutela del paesaggio.

La sentenza del giudice amministrativo di rigetto del ricorso, proposto avverso la deliberazione assunta dalla p.a. che autorizzi la realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica, non è affetta da eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore e alla stessa p.a., laddove interpreti la normativa a tutela del patrimonio culturale e rurale, di cui all'art. 12, 7° comma, d.leg. 29 dicembre 2003 n. 387, in senso restrittivo, negando la necessità del parere della sovrintendenza per il paesaggio ed escludendo che l'impianto di aerogeneratori assenti possa arrecare pregiudizio al patrimonio culturale della popolazione.

Sempre in tema di sconfinamento nel merito, Cass. sez. un. civ. 12 novembre 2007 n. 23441 ha precisato con riguardo alle pronunzie del Consiglio di Stato, che l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, nel senso che, procedendo ad un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronunzia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.

3.2. L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice contabile è configurabile solo quando l'attività di tale giudice non sia rimasta nei limiti del riscontro della liceità dei comportamenti dei pubblici dipendenti e funzionari (che presuppone un implicito controllo di legittimità) e della eventuale produzione di un danno patrimoniale (erariale) all'ente pubblico, con conseguente assoggettamento degli autori dell'illecito al risarcimento del danno.

4.Recentissime e sempre più incisive le decisioni in tema di concorsi e di appalti pubblici

4.1 In tema di appalti pubblici

a) contrasti del giudice amministrativo (tra ad. pl. 4/2011 e 11/2008 con Tar Piemonte 208/2012 che rimette gli atti alla Corte di Giustizia dell'U.E.) sul valore escludente o paralizzante del ricorso incidentale dell'aggiudicatario secondo cui il ricorrente principale che ha impugnato l'esito della gara non poteva partecipare alla gara stessa

Secondo Cass. civ. sez. un. 21 giugno 2012, n. 10294 la soluzione offerta dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 in tema di ordine di esame di ricorso principale e incidentale, pur generando perplessità, non è contestabile con ricorso per cassazione, in quanto la stessa non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il dovuto ordine delle cose attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate; ciò di cui si discute è un possibile errore di diritto commesso dall'Adunanza Plenaria che non può formare oggetto di doglianza dinanzi alle Sezioni Unite.

Il principio espresso dal Consiglio di Stato – secondo cui nel giudizio amministrativo il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara di affidamento di appalti pubblici, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura – non è condivisibile, in quanto, al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne

sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima, denotando una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento, tanto più che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo. Esso, tuttavia, non costituisce conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma di un possibile errore di diritto che, pur rendendo ammissibile il ricorso avverso la predetta sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., stante l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti, non ne giustifica la cassazione per eccesso di potere giurisdizionale.

b) Appalto, anomalia di un'offerta.

Cass. civ. sez. un., 10-08-2011, n. 17143. Non ricorre l'eccesso di potere giurisdizionale se si resta nell'ambito *della discrezionalità tecnica*.

L'eccesso di potere giurisdizionale, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, preclusa al giudice amministrativo, non è configurabile allorquando vengano sindacate le valutazioni compiute dalle commissioni di gara (nella specie, per l'aggiudicazione di un appalto per i lavori di adeguamento di un tratto autostradale) in sede di verifica dell'anomalia di un'offerta, non attenendo tale controllo al merito dell'azione amministrativa, ma all'esercizio della discrezionalità tecnica

4.2. Sotto il profilo dei concorsi sempre più attenta è la valutazione del *giudice senza dar luogo all'eccesso di potere giurisdizionale*.

a) Esami di avvocato. (Cass. Civ., sez. un., 28-05-2012, n. 8412).

Le valutazioni tecniche delle commissioni giudicatrici di esami o concorsi pubblici sono assoggettabili al sindacato di legittimità del giudice amministrativo per manifesta illogicità del giudizio tecnico o travisamento di fatto in relazione ai presupposti del giudizio medesimo, senza che ciò comporti eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del merito amministrativo (principio enunciato in riferimento all'operato della commissione giudicatrice per l'esame di abilitazione alla professione di avvocato, che non aveva ammesso alla prova orale un candidato rilevando nel suo elaborato una serie di errori di grammatica e improprietà di forma, la cui insussistenza era stata viceversa accertata dal Con. Stato).

b) Concorso per la nomina a professore associato (Cass. sez. un. 22 maggio 2012 n. 8071).

L'eccesso di potere giurisdizionale ricorre se il giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito (riservato alla P.A.), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione, così esercitando

una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità (dunque, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o esclusiva o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso.

Le valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici dei concorsi pubblici, inserite in un procedimento amministrativo complesso e dipendenti dalla valorizzazione dei criteri predisposti preventivamente dalle medesime commissioni, sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo – senza che ciò comporti un'invasione della sfera del merito amministrativo, denunciabile con il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione – anche qualora risultino affette da illogicità manifesta o travisamento del fatto od irragionevolezza evidente o grave, o da grave difetto di motivazione.

Non può quindi ritenersi illegittima, per eccesso di potere giurisdizionale, la sentenza del Consiglio di Stato che, nell'accogliere un ricorso avverso gli atti di una procedura concorsuale, ha ordinato la ripetizione delle operazioni con una commissione giudicatrice diversamente composta. Tale sentenza infatti, senza esorbitare dai limiti della giurisdizione e senza invadere il merito amministrativo, ha semplicemente disposto una misura idonea "ad assicurare l'attuazione del giudicato" (art. 34 lett. e) c.p.a.), "al fine di assicurare condizioni oggettive di imparzialità" nel caso concreto; tale "misura" risponde quindi palesemente all'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale propria del giudice amministrativo, nella fattispecie concreta.

In tal senso il Consiglio di Stato, senza esorbitare dai limiti della propria giurisdizione e senza invadere il merito amministrativo, ha semplicemente disposto una misura idonea "ad assicurare l'attuazione del giudicato".

c) Concorso per notaio: travisamento della traccia Cass. civ., sez. un., 21-06-2010, n. 14893, in *Foro amm.CDS* 2010, 12, 2628 n. Gagliardi

Non invade la sfera di discrezionalità tecnica della p.a. e non costituisce, pertanto, violazione del limite esterno della giurisdizione assegnata al giudice amministrativo, la decisione del consiglio di stato che, nel giudizio avente ad oggetto la correzione di una prova scritta del concorso pubblico per l'accesso alla professione notarile, abbia ritenuto che i criteri valutativi adottati dalla commissione esaminatrice siano stati irragionevolmente restrittivi (nella specie, la suprema corte ha confermato la decisione con la quale il consiglio di stato aveva annullato l'atto col quale una candidata al concorso per notaio era stata esclusa, in ragione di un preteso «travisamento della traccia», dall'ammissione alle prove orali, nonostante avesse valorizzato nell'elaborato scritto una delle plausibili risposte richieste dalla traccia).

Le valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici dei pubblici concorsi, inserite in un procedimento amministrativo complesso e dipendenti dalla valorizzazione dei criteri predisposti preventivamente dalle medesime commissioni, sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo - senza che ciò comporti un'invasione della sfera del merito amministrativo, denunciabile con il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione - qualora risultino affette da illogicità manifesta o travisamento del fatto od

irragionevolezza evidente o grave, vizio, quest'ultimo, che si configura anche quando la valutazione negativa sia stata conseguenza dell'attribuzione alla traccia di una prova di una portata delimitante i risultati «accettabili» (sul piano della condivisibilità tecnica della soluzione prospettata rispetto alla gamma di quelle in ipotesi attendibili) in termini indebitamente restrittivi (principio enunciato dalle sezioni unite con riferimento all'impugnazione del risultato delle prove scritte del concorso notarile).

d) Concorso per notaio: mancato tempestivo deposito del ricorso Cass. civ. sez. unite, sent., 21-11-2011, n. 24411

Esclusione dalle prove orali. Non ricorre eccesso di potere se il giudice speciale, rilevata l'inesistenza di notifica alla Commissione Esaminatrice e la nullità della notifica ai controinteressati non costituiti, quindi ordinando la relativa integrazione ed all'uopo fissando sia il termine per l'incombente notificatorio sia il termine per il deposito (quindici giorni dall'ultima delle notifiche effettuate), individui una *regula juris* facendo uso dei suoi poteri di rinvenimento della norma applicabile, attraverso l'interpretazione. Si tratta di una norma esistente e non di un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice e poiché il ricorrente non ammesso ha effettuato il deposito oltre il termine il Consiglio di Stato ha dichiarato improcedibile l'appello per decadenza dal rispetto del termine perentorio assegnato per il deposito dell'atto di integrazione.

d) Concorso a P.G. presso la Cassazione: non si può ripetere il concorso se alcuni sono andati in pensione (Cass. civ., sez. un., 09-11-2011, n. 23302).

La sentenza con cui il consiglio di stato, pronunciando su un ricorso per l'ottemperanza di un giudicato avente ad oggetto l'annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di una procedura concorsuale non più ormai ripetibile (nella specie, per l'avvenuto pensionamento dei candidati concorrenti), ordina alla competente amministrazione (nella specie, al Csm) di provvedere ugualmente a rinnovare il procedimento «ora per allora», al solo fine di determinare le condizioni per l'eventuale accertamento di diritti azionabili dal ricorrente in altra sede e nei confronti di altra amministrazione, eccede i limiti entro i quali è consentito al giudice amministrativo l'esercizio della speciale giurisdizione di ottemperanza ed è soggetta, pertanto, al sindacato della corte di cassazione in punto di giurisdizione che annulla la decisione del Consiglio di Stato.

e) Accesso a categoria superiore di lavoratore comunale.

Un lavoratore comunale con diritto all'accesso alla procedura di inquadramento in una categoria superiore, di fronte al Comune che temporeggia, chiede al giudice amministrativo l'inquadramento immediato. La Corte (Cass., sez. un., 29-05-2012, n. 8513) afferma che nel giudizio di ottemperanza di sentenza del giudice ordinario, il giudice amministrativo non cade in eccesso di potere giurisdizionale quando si limita all'interpretazione del giudicato, al quale si tratta di assicurare l'ottemperanza stessa e cioè l'ammissione alla procedura e non l'inquadramento immediato.

IV. Riflessioni finali sul diritto vivente (*das lebende Recht* o *flexible droit*) dell'eccesso di potere giurisdizionale.

In armonia con il pensiero di Emilio Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 17, 34: il diritto «non è qualcosa di bello e fatto, né un organismo che si sviluppa da sé per mera legge naturale», «è qualcosa che non è ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato proprio per l'opera assidua d'interpretazione».

1. Duplice senso dell'eccesso di potere giurisdizionale:

a) *statico* definizione del concetto di eccesso di potere della giurisprudenza che invade o supera i limiti ritenendo di poter valutare le funzioni di altri organi come gli organi di gestione e la P.A.

b) *dinamico* nel senso di sempre maggiore attenzione al problema attraverso il diritto vivente dell'interpretazione giurisprudenziale che esamina non solo il potere o la potestà della P.A., ma anche i compiti, gli scopi e le funzioni assegnate e come sono gestite.

Concetto di recente accolto da Cass. civ. sez. un. 21 febbraio 2013 n. 4283, in tema di conferimenti indebiti di incarichi da parte di amministratori di s.p.a. pubblica e controllo della corte dei conti sulla giuridicità sostanziale del potere discrezionale. Secondo le sezioni unite: Le scelte elettive degli amministratori pubblici, dovendosi conformare ai criteri di legalità ed a quelli giuridici di economicità, di efficacia e di buon andamento, sono soggette al controllo della Corte dei Conti, in quanto assumono rilevanza sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell'azione amministrativa.

La Corte dei Conti non viola il limite giuridico della riserva di amministrazione, sancito dall'art.1 co.1 l. n. 20/1994, modificato dall'art. 3 l. n. 546/1993, controlla anche la giuridicità sostanziale dell'esercizio del potere discrezionale, verificando non solo se la l'amministratore abbia compiuto l'attività per il perseguimento di finalità istituzionali dell'ente, ma anche se nell'agire amministrativo abbia rispettato dette norme e principi giuridici.

La *discrezionalità* che la L. 14.1.1994, n. 20, art. 1, co. 1, riconosce agli amministratori pubblici nell'individuazione della scelta più idonea, nel caso concreto, per il perseguimento del pubblico interesse per esser legittima deve rispettare i criteri giuridici informativi dell'agere della P.A. dettati dalla Costituzione (art. 97), codificati da apposita normativa secondo cui: "Le pubbliche amministrazioni devono: a) garantire la legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa (*controllo di regolarità amministrativa e contabile*); b) verificare l'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto tra costi e risultati (*controllo di gestione*)".

Pertanto l'esame da parte della Corte dei Conti delle scelte degli amministratori pubblici di UNIRE di incaricare professionisti esterni per consulenze, pareri e difesa giudiziale alla luce

dei presupposti legali e delle clausole *generali di giuridicità innanzi richiamati al fine di verificare la legittimità della scelta e la correttezza della gestione delle risorse pubbliche per i compensi corrisposti, alla luce anche del fondamentale principio del buon andamento e della ragionevole proporzionalità tra costi e benefici in relazione ai fini da perseguire, non travalica il limite esterno della giurisdizione erariale.*

Ne consegue che il conferimento dell'incarico è legittimo solo in ipotesi di impossibilità oggettiva, da rappresentare nella delibera di far fronte all'esigenza richiesta con personale interno all'organizzazione, la cui qualificazione professionale l'amministrazione ha infatti l'obbligo di verificare periodicamente ed incrementare.

2. Eccesso di potere: profili di diritto europeo.

Anche dal punto di vista dell'Unione europea il sistema è in evoluzione. Mentre il precedente testo dell'art. 173 del trattato CEE non prevedeva il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo, (così Police, in Dir. proc. amm. 1995, 3, 608), il nuovo articolo 263 del Trattato di Lisbona del 1.12.2009, ribadisce espressamente che la Corte di giustizia dell'U.E. esercita un controllo di legittimità degli atti legislativi del Parlamento e del Consiglio europeo e anche della BCE (come nel vecchio testo), ma prevede anche un controllo di *legittimità sugli atti amministrativi degli organi o organismi dell'U.E. che producono effetti giuridici nei confronti dei terzi* (novella del 2009, in Adam, Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'U.E.*, 258 ss.)

3. L'intricato sviluppo storico dell'eccesso di potere giurisdizionale (Nigro).

Il termine ontologicamente vuole significare sia l'eccesso di potere giurisdizionale come invasione di un giudice nella sfera di poteri di un altro giudice, come il giudice ordinario nella sfera di attribuzioni riservate al giudice speciale (amministrativo, contabile) e viceversa, sia l'eccesso di potere giurisdizionale come invasione da parte di un giudice (ordinario, amministrativo, contabile) della sfera di attribuzioni riservate alla discrezionalità del complesso Governo-P.A.

Possiamo ricordare la l. 31.3.1877 n.3761 sui conflitti di attribuzioni tra giudici e P.A. attribuito alla Cass. Roma o i richiami espressi all'eccesso di potere nell'art.3 della legge istitutiva della IV sez. del Cons. di Stato (l. 31.3.1889 n.5892) o ancora nell'art. 22. t.u. 17.8.1907 n.638 o nell'art.5 r.d. 30.12.1923 n.2840 sull'introduzione della giurisdizione esclusiva

Si pensi agli interessi legittimi comunitari in base all'art.13 della legge 142 del 1992 che consentiva al giudice amministrativo l'annullamento dell'atto, e al giudice ordinario il risarcimento del danno, il superamento del riparto basato sulla posizione soggettiva tutelata: interesse legittimo-annullamento dell'atto e diritto soggettivo-risarcimento del danno è superata dopo lunghi contrasti con il principio che alla giurisdizione del giudice amministrativo vanno le controversie relative agli atti e «i comportamenti delle p.a. e dei soggetti ad esse equiparati», riconducibili all'esercizio di un pubblico potere, mentre al

giudice ordinario i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente all'esercizio del potere del governo o della P.A. anche se è prevista la giurisdizione esclusiva (Corte cost., 06-07-2004, n. 204; Corte cost., 11-05-2006 n.191).

Sono tramontate molte questioni sui rapporti tra giurisdizioni come quelle tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di diritti soggettivi, specie dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo nato del 2010 e oggetto già di ritocchi, (195/2011 e l'ultimo è ad opera del dlgs 14.9.2012 n.160), la creazione del regolamento di giurisdizione d'ufficio da parte del secondo giudice (giudice ordinario, giudice amministrativo, giudice contabile etc.) che non condivide la giurisdizione attribuitagli in relazione alla controversa rimessagli in base alla *traslatio iudici*, all'introduzione del giudicato implicito che impedisce di sollevare la questione di giurisdizione solo perché il merito è andato male.

Inoltre la giurisdizione esclusiva è in costante aumento: il t.u. sul Consiglio di Stato 26.6.1924 n.1054 all'art. 29 prevedeva solo 9 ipotesi di giurisdizione esclusiva, pochi casi divenuti nell'art 133 del nuovo c.p.a. l'intero alfabeto fino a *Z-quinques* introdotta con l.56 del 2012.

4.Dal sindacato all'eccesso di potere giurisdizionale al sindacato sull'eccesso di potere amministrativo

La giurisprudenza specie di recente va sviluppando il concetto di eccesso di potere giurisdizionale *proprio nei rapporti tra potere giudiziario e potere di governo e di gestione dell'attività dell'esecutivo e della P.A.*

4.1 Il primo punto concerne l'essenza del potere amministrativo incentrato sulla discrezionalità, prima considerata *"assoluta"* e oggi invece *"virtuosa"* perché *"orientata"* o *"finalizzata"* al *"buon andamento e all'imparzialità"* della P.A. che prestabilisce le sfere di competenza, le attribuzioni e l'imparzialità della P.A." (art.97 Cost.), anche se si vanno diffondendo *"organizzazioni pubbliche in forme privatistiche"* in base alla l.15/2005 con ripetuti problemi di costituzionalità (Cerulli Irelli, Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino 2011, 38).

In proposito Cass. civ., sez. un., 19-08-2009, n. 18375 ha ritenuto non configurabile un eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo, per invasione della sfera riservata al potere discrezionale della p.a., nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza, rilevata la violazione od elusione del giudicato amministrativo, adotti provvedimenti in luogo dell'amministrazione inadempiente, sostituendosi al soggetto obbligato ad adempiere, in quanto, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giuridica, il giudizio di ottemperanza, al fine di soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del soggetto ricorrente, non può arrestarsi di fronte ad adempimenti parziali, incompleti od addirittura elusivi del contenuto della decisione del giudice amministrativo.

4.2 Il secondo il profilarsi di un *"diritto ad una buona amministrazione"* riconosciuto anche dall'art.41 della Carta europea dei diritti dell'uomo Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

europea (Carta di Nizza e di Strasburgo) allegato al Tratto di Lisbona entrato in vigore il 1.12.2009 in cui all'art.41 si riconosce per il cittadino europeo il "*diritto ad una buona amministrazione*" che deve motivare le proprie decisioni, con diritto per ogni persona ad un trattamento "equo ed imparziale" ed in termini ragionevoli delle questioni che lo riguardano, con diritto ad essere ascoltato, ad accedere agli atti che lo riguardano ed al risarcimento (art.41 co.3) dei danni cagionati dalle sue istituzioni.

4.3 Il terzo è il sindacato anche sulla discrezionalità tecnica della P.A. consentendo al potere giurisdizionale di superare l'argine al dilatarsi dell'influenza della tecnica come usbergo a protezioni delle decisioni della P.A., anche attraverso la consulenza d'ufficio prevista dall'art. 67 del c.p.a. Pima del c.p.a. il Cds.(sez. IV, 14-04-2010, n. 2099) riteneva ammissibile, dopo la entrata in vigore della l. 21 luglio 2000 n. 205, la consulenza tecnica d'ufficio anche nella giurisdizione di legittimità quale strumento di ausilio del giudice nel sindacato di provvedimenti che sono espressione di discrezionalità tecnica.

4.4 Dal *controllo degli atti sui risultati del concorso notarile (Cass. sez. un. 21.6.2010 n. 14893) al tramonto dell'appalto pubblico senza gara (Cons. Stato, sez. III, 8 gennaio 2013 n. 26)*, motivata da ragioni di natura tecnica (art. 57 d.lgs. 163/2006 co..2 lett. b, Codice dei contratti pubblici, *procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*).

La scelta della P.A. va controllata con rigore nella individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, dal giudice amministrativo tenuto ad assicurare una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo (art.1 c.p.a.). Nella specie non avendo la P.A. dimostrato che solo l'impresa scelta era in grado di eseguire la prestazione oggetto del contratto, è illegittimo l'affidamento di un servizio pubblico, mediante una procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, "per ragioni di natura tecnica", in mancanza di indagini di mercato sul se il contraente sia l'unico operatore possibile, anche perché non rileva l'affermazione, indimostrata, che la scelta di un'altra impresa avrebbe comportato modifiche di fornitura e di servizi con costi economici sproporzionati e con tempi tecnici non compatibili con la continuità del servizio.

Il Consiglio di Stato ritenuta la nullità dell'appalto senza gara, a norma dell'art. 267 lett. b) del Trattato U.E. ha rimesso la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E. al fine del decidere, se la P.A., prima di stipulare il contratto con un determinato operatore scelto senza il bando di gara, pubblicando sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea l'avviso di trasparenza preventiva, dieci giorni prima della stipulazione del contratto, precluda al giudice nazionale, di dichiarare la conseguente inefficacia del contratto, nonostante l'accertata illegittimità delle procedura, ed in via subordinata, se una siffatta disciplina contrasti con i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza.

5. L'eccesso di potere tra interpretazione della norma e una norma putativa ideata dal giudice.

La giurisprudenza qualifica l'eccesso di potere giurisdizionale come l'applicazione di una norma diversa da quella reale, in qualche modo ritenuta dal giudice come esistente, putativa e quindi da applicare.

Il concetto dell'insistenza della norma putativa e della semplice interpretazione compiuta è utilizzata dalla giurisprudenza

5.1. Nel caso di un istituto professionale non statale parificato solo per la prima classe la Corte (cass., sez. unite civili – 12 dicembre 2012 n. 22784) ha respinto la protesta degli studenti che attraverso un giudizio volevano l'intera parificazione, affermando che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora si possa affermare che il giudice abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, ponendo in essere un'attività di produzione normativa che non gli compete. Non sussiste tale vizio, che rende ricorribile in Cassazione la sentenza del giudice di merito per difetto di giurisdizione, quando il medesimo giudice si sia attenuto al compito d'interpretazione che gli è proprio, ricercando nell'ordinamento gli elementi da cui desumere la volontà della legge applicabile nel caso concreto, anche se questa sia stata desunta non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla ratio che il loro coordinamento sistematico disvela, tale operazione ermeneutica potendo dare luogo, tutt'al più, ad un *error in iudicando*, non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

5.2 Anche in un'altra decisione (Cass., sez. unite civili – 14 settembre 2012 n. 15428) per negare il vizio di eccesso di potere giurisdizionale si afferma che in tanto le Sezioni Unite della Cassazione possono annullare una sentenza del Consiglio di Stato in quanto si configura che il giudice amministrativo abbia sconfinato dalla giurisdizione di legittimità in quella di merito, ovvero che abbia *applicato non già una norma esistente bensì una norma da lui creata*, a condizione che si possa distinguere tra un'attività di formale produzione normativa – inammissibilmente esercitata dal giudice – da *un'attività interpretativa che si sostanzia invece in un'opera creativa della volontà di legge nel caso concreto*.

Nella specie non ricorre il vizio di eccesso di potere giurisdizionale nel caso di sentenza emessa dal Consiglio di Stato in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., senza che siano trascorsi almeno 20 giorni dal perfezionamento della notifica dell'appello principale nel caso in cui comunque risulti dalla stessa sentenza che il Collegio abbia sentito le parti "in ordine alla possibilità di definire la questione con sentenza in forma semplificata"

5.3 Non si tratta di un caso isolato, perché Cass. civ., sez. un., 28-01-2011, n. 2068, in tema di limiti al sindacato delle sezioni unite della corte di cassazione sulle decisioni del consiglio di stato in sede giurisdizionale che accoglie il ricorso in tema di una procedura concorsuale, precisa che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è figura di rilievo meramente teorico, in quanto - postulando che il giudice applichi, non la norma esistente, ma una norma da lui creata - potrebbe ipotizzarsi

solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa, che si sostanzia in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto (in applicazione del principio, la suprema corte ha dichiarato inammissibile il ricorso con cui un comune denunciava eccesso di potere da parte del consiglio di stato, che avrebbe invaso il campo del legislatore, disapplicando l'art. 34, 2° co. del codice dei contratti a seguito della sentenza della corte di giustizia Ue 19 maggio 2009, resa nel proc. C-538/07, posteriore al bando ed alla gara, ed applicando retroattivamente l'art. 3, d.l. n. 135 del 2009, conv. in l. 166 del 2009, norma ricettiva della citata decisione europea).

5.4 Ed ancora (Cass., sez. un. 15 gennaio 2010 n. 530) sempre ai fini di identificare l'eccesso di potere giurisdizionale, per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore, che consente la proposizione del ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato, è ravvisabile se e in quanto il giudice applichi non la norma esistente, ma una norma da lui stesso creata, sì che la sua opera si risolva in una operazione creativa della volontà del legislatore e non meramente interpretativa.

Nella specie il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile un ricorso incidentale, per carenza di interesse dei ricorrenti incidentali; anche attraverso un'opinabile equiparazione tra chi non aveva partecipato alla gara e che non poteva parteciparvi.

5.5 In conclusione la giurisprudenza, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle sezioni unite sulle decisioni del consiglio di stato che quei limiti travalichino, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione - dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo *il primato del diritto comunitario*; il canone *dell'effettività della tutela giurisdizionale*; il principio di *unità funzionale della giurisdizione* nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. - e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle sezioni unite, non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento; infatti è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca; pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, 8° comma, cost., la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale, così esercitando il sindacato per violazione di legge che la suprema corte può compiere anche sulle sentenze del giudice amministrativo (fattispecie relativa a domanda di

risarcimento del danno causato dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica espropriativa, della provincia di Mantova per la costruzione di una circonvallazione, avendo la suprema corte considerato che la tutela risarcitoria anche autonomamente proposta, a prescindere dal pregiudiziale annullamento del provvedimento lesivo illegittimo, costituisce una misura minima e perciò necessaria di tutela dell'interesse sostanziale dedotto dal privato).

Sulla norma penale in bianco¹

a cura della D.ssa Federica Federici

Inevitabile, nel trattare della certezza del diritto in ambito penale, analizzare la problematica legata alla c.d. **"norma penale in bianco"**, fattispecie che, rimandando per il precetto a fonti non legislative, ma determinandone la sola sanzione, più si dimostra a rischio rispetto all'esigenza di chiarezza nell'indicazione di fatti vietati e di garanzia per i destinatari di una regola della possibilità di conoscerne esattamente il contenuto. Per tale ragione le norme in bianco si sono prestate nel tempo a numerose censure di incostituzionalità per contrasto con la riserva di legge e con la tassatività, corollari del principio di legalità, oggetto di trattazione di questo numero di Nuove Frontiere del Diritto.

L'esigenza di **certezza del diritto** è il corollario logico della dimensione di comando del precetto penale: si può chiedere e imporre obbedienza al cittadino rispetto alla norma che guida il suo comportamento nel momento in cui gli si assicurino *chances* di percepirne tenore e portata, senza zone d'ombra ed incertezza. Ciò serve pure ad accrescere il rapporto di fiducia partecipativa tra consociati ed istituzioni.

Presupposto indefettibile per il funzionamento del sistema è la sufficiente chiarezza nell'indicazione di quali siano i fatti vietati e – di conseguenza – la garanzia per i destinatari della regola della possibilità di conoscerne il contenuto.

Norme strutturate come contenitori vuoti suscettibili di essere rimepiti solo al momento dell'emanazione del provvedimento richiamato si prestano a diverse censure di costituzionalità, a partire dalla riserva di legge, principio cardine per l'esigenza di certezza e che nella visione più rigorosa, non tollera fenomeni di eterointegrazione del precetto penale se non rispetto a fonti di rango legislativo, negando a regolamenti, ordinanze et similia ingresso nell'area del penalmente rilevante.

Corte Costituzionale e Corte di Cassazione, in realtà non hanno mai recepito la suddetta impostazione radicale, aprendo spiragli all'integrazione del precetto da parte di fonti subprimarie e/o secondarie: esse hanno dapprima configurato le definizioni di cui alle fonti secondarie come mero presupposto di fatto del dovere generale di obbedienza, per stabilire in seguito che la norma in bianco è conforme alla riserva di legge laddove e allorquando assicura a livello legislativo la predeterminazione di contenuto, caratteri, presupposti e limiti delle statuizioni amministrative cui rinvia.

La stessa Corte Costituzionale, in una importante sentenza (1988/364) richiede, come requisito minimo di partecipazione psichica del reo al disvalore circa il fatto da lui compiuto, che la certezza del precetto penale influisca sulla effettiva realizzazione di tale colpevolezza. Qualsiasi **disordine** legislativo rappresenta, sicché, disorientamento sociale e terreno fertile per incongruenze applicative ed inaccessibilità della norma che comporterebbero delle irresponsabilità e l'allontanamento da forme di responsabilità obiettive.

¹ Art. 25 Cost. e art. 1 c.p.

Secondo la dottrina, infatti, nella norma penale in bianco, mentre la sanzione è determinata, il precetto ha carattere generico dovendo essere specificato da ulteriori atti normativi secondari (MANTOVANI). Si parla anche di "contenitore vuoto", quale contenuto non conoscibile a priori e fintanto che l'autorità amministrativa emani uno specifico provvedimento che disciplini in seguito il caso di specie.

Il fenomeno ha matrice liberale classica, ricollegandosi:

- alla concezione sanzionatoria del diritto penale;
- al principio di non ingerenza dello Stato nella sfera del privato;
- al concetto di sul reato inteso come violazione del diritto soggettivo altrui.

In tale fenomeno il rapporto di dipendenza tra anti giuridicità penale ed extra-penale è evidente, stante l'assunto che la norma penale in bianco sia priva di precetto. Trattasi di categoria da alcuni² negata, ravvisando nella fattispecie (nello specifico l'art. 650 c.p. che ne rappresenta l'archetipo) una norma dal precetto in realtà completo (generico obbligo di obbedienza) e un contrasto col principio di legalità nelle sue articolazioni, in particolare quello della riserva di legge³, da ritenersi violata nei casi in cui il precetto non viene posto da una legge formale o fonte ad essa equiparata.

Alcune posizioni intermedie e possibiliste ammettono una eterointegrazione del

² PETROSELLI, PECORARO-ALBANI, ROMANO E DE VERO.

³ Recentemente il dibattito si è anche spostato sulla costituzionalità rispetto al principio di tassatività sottolineando l'imprecisione di una norma penale in bianco.

precetto purché sua la legge a fissarne le determinazioni sufficienti⁴ o allorquando gli elementi normativi della fattispecie assumono ampiezza tale da designare tutta la condotta costitutiva del reato⁵. Infine, una teoria realistica individua nella norma in bianco l'unico strumento a disposizione del legislatore per garantire il rispetto di comportamenti non prevedibili in anticipo, ma demandati all'apprezzamento della P.A. nel merito.

La **certezza**⁶ della legge – come già evidenziato – è fondamentale e lo è anche per un presidio contro eventuali abusi del potere giudiziario che potrebbe estendere la propria valutazione soggettiva fino a debordare nell'arbitrio o in una lettura ideologica del precetto penale stesso, anche ad onta della prerogativa di indipendenza politica della magistratura.

Dal punto di vista processuale il soddisfacimento del principio di certezza consente la verifica concreta del diritto alla difesa e dell'obbligatorietà dell'azione penale, entrambi principi che richiedono una formulazione normativa "certa" (ovvero presupposti, caratteri, contenuto e limiti come recita il brocardo elaborato dalla Consulta, probabilmente rassegnatasi all'ineluttabilità del fenomeno stesso e nell'intento di conservare le fattispecie a maggior rischio di incostituzionalità).

Per lungo tempo il modello di riferimento del fenomeno *de quo* è stato l'art. 650 c.p.⁷, che

⁴ MANTOVANI.

⁵ DONINI.

⁶ Certezza da intendersi in ogni caso in termini relativi, come tendenza a garantire il maggior grado possibile dei valori indicati dal precetto. Gli operatori del diritto oggi si trovano di fronte al problema di ricercare i mezzi atti ad assicurare quel minimo di certezza senza la quale il sistema perde la sua stessa capacità ordinante.

⁷ C. Cost. 1966/26 e 1971/168.

punisce l'inosservanza di un ordine legalmente dato da "autorità per ragioni tassative (giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene)⁸, che è norma di carattere sussidiario applicabile solo quando la violazione dell'ordine non trovi sanzione specifica, anche di carattere non penale, in una disposizione di legge diversa.

Su tale norma la stessa Consulta ha precisato che spetterà al giudice di volta in volta indagare se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determina con sufficiente specificazione le condizioni e l'ambito applicativo del provvedimento. Laddove i provvedimenti di rango secondario svolgono una funzione di specificazione tecnica delle norme gerarchicamente sovraordinate che ad essi rinviano, si può – in questo la giurisprudenza mostra un approccio realistico - ritenerli ammissibili, Laddove tali provvedimenti non costituiscono fonti integrative del precetto, sussisterà la violazione dei canoni costituzionali di certezza e di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge e quindi essi sono da ritenersi non ammissibili.

Giurisprudenza di rilievo:

- C. Cost. 1964/94 (che ha elaborato la nozione del "presupposto di fatto")
- C. Cost. 1966/26 (regole sulla norma penale in bianco a prova della riserva di legge)

- C. Cost. 1971/168 (regole sulla norma penale in bianco a prova della riserva di legge)
- C. Cost. 1988/364
- C. Cost. 1993/199 (sull'esercizio abusivo della professione)
- Cass. Pen. SS.UU. 12 novembre 1993 (sulla legge 1985/47)
- Cass. Pen. SS.UU. 19 gennaio 1994 (sul d.l. 1982/429)
- Cass. Pen., sez. III, 1997/11828 (sulla legge sulle discipline igieniche degli alimenti, ritenendo le Circolari del Ministero della Salute valido parametro scientifico di giudizio e non come completamento della norma incriminatrice)
- C. Cost. 1998/282 (sulla legge 1984/818)
- C. Cost., ord. 2000/213 (sul traffico di sangue umano)
- Cass. Pen, sez. I, 2001/13558 (sull'art. 650 c.p.)
- Cass. Pen. SS.UU. 2004/22645 (in ambito di pesca e commercio prodotti di mare)
- Cass. Pen., Sez. VI, 2004/7992 (sull'abuso di ufficio)

⁸ Vedere contributo in questo stesso numero della D.ssa Zangheri.

**PRINCIPIO DI LEGALITA' NEL DIRITTO PENALE
CON PARTICOLARE RIGUARDO
ALLA RISERVA DI LEGGE E FONTI SOPRANAZIONALI
E GIURISPRUDENZA PIU' RECENTE**

a cura dell'Avv. Teresa Giacobelli

Principio cardine del diritto penale è il principio di legalità che in senso lato esprime il divieto di punire un fatto in assenza di una legge preesistente che lo configuri come reato e ne preveda la relativa sanzione. In tale accezione formale il principio de quo implica che l'incriminazione è correlata ad una espressa previsione di legge la cui sussistenza è necessaria al fine di garantire il cittadino contro gli arbitri del potere esecutivo e giudiziario. Ed infatti, nessuno può essere punito o essere incriminato con una sanzione più severa rispetto a quella prevista al momento della commissione del reato, senza che suddette conseguenze siano espressamente previste ex lege. Si precisa che parallelamente al principio di legalità formale si analizza anche la legalità sostanziale che, al contrario della prima, non demanda alla espressa previsione di legge la fonte dell'incriminazione ma alla antisocialità insita nella commissione del fatto di reato. In tal senso, la legalità sostanziale tende a mitigare le fratture tra criminalità reale e legale adeguando il diritto ai mutamenti del divenire sociale ma allo stesso tempo elide la certezza della legge e la garanzia del cittadino da eventuali arbitri del potere esecutivo e giudiziario. A fronte delle discrasie tra l'accezione formale e sostanziale del principio di legalità, il Costituente del 1948 ha ricercato un compromesso accogliendo una concezione formale e sostanziale insieme in quanto, fermo restando il riferimento alla legge e agli atti aventi forza di legge che delineando l'area del penalmente rilevante, è necessario che ci sia l'adeguamento dell'Ordinamento Giuridico ai principi cardini della Costituzione e agli interessi costituzionalmente rilevanti. Di tal che è reato non solo il fatto espressamente previsto come tale dalla legge ma anche che sia determinato irretroattivamente, in forma tassativa, offensivo di beni

ed interessi costituzionalmente rilevanti, che sia psicologicamente ed eziologicamente riconducibile al reo e che preveda sanzioni proporzionali alla gravità del fatto e personalità dell'agente con funzione sia repressiva che rieducativa e reintegratoria del soggetto nel contesto sociale. Per cui il principio di legalità per ciò solo sarebbe insufficiente ad assolvere alla funzione di garanzia e certezza del diritto se non fosse integrato e completato da ulteriori corollari e principi che operano rispettivamente sul piano delle fonti del diritto, dell'efficacia della legge nel tempo, della esatta formulazione tecnica della legge secondo i tre corollari fondamentali del principio di legalità: riserva di legge, successione della legge penale nel tempo e principio di tassatività, determinatezza e precisione. Ciascuno dei tre principi suddetti persegue la medesima ratio garantista del principio di legalità e arricchisce il novero delle fonti normative della legalità formale-sostanziale. Precisamente referenti normativi a livello costituzionale e sub-costituzionale del principio di legalità si rinvengono nell'art. 25 Cost., comma 2, 1 e 199 c.p. A tali fonti nazionali si aggiungono anche referenti sopranazionali ed in particolare l'art. 7 Cedu.

Al riguardo si osserva che il monopolio della legge statale nella determinazione dei confini delle condotte punibili e del relativo trattamento sanzionatorio è sempre più eroso da fonti sopranazionali posto che la problematica delle fonti del diritto penale, dominato dal principio di legalità e dal corollario della riserva di legge, deve confrontarsi con l'influsso di fonti sopranazionali. È costituzionalmente garantito che la responsabilità penale di un individuo può discendere sempre e soltanto da una legge o da atto con forza di legge. Tuttavia, da un lato il contenuto di tali atti, sul fronte del precetto e sanzione è ormai spesso determinato da fonti sopranazionali vincolanti per il nostro legislatore e dall'altro, la concreta applicazione dei precetti penali nazionali ad opera del giudice, deve tener conto di fonti sopranazionali che possono incidere sulla interpretazione del precetto determinando la disapplicazione o l'illegittimità costituzionale. Tra le fonti

rilevanti in materia penale si considerano le norme primarie e derivate del diritto dell'UE le quali si introducono nell'ordinamento interno in forza della limitazione di sovranità cui lo Stato si è sottoposto in ossequio all'art. 11 Cost. Inoltre ci sono le norme di diritto internazionale pattizio che dettano agli Stati prescrizioni in materia penale imponendo la criminalizzazione e la punizione di condotte offensive. Tra tali norme emerge la Cedu e i relativi protocolli addizionali, così come interpretati dalla Corte di Giustizia.

Alla luce di tale quadro normativo sopranazionale, è opportuno focalizzare lo sguardo sulla teoria delle fonti del diritto penale e della riserva di legge in base agli approdi recenti della giurisprudenza ordinaria e costituzionale, con particolare riguardo al rapporto tra il diritto penale e l'Unione Europea nonché tra il diritto penale e la Cedu.

Quanto alla prima delle relazioni suddette, la Corte Costituzionale nella sentenza Granital ha affermato che, nel caso di contrasto tra una norma di legge italiana e una norma comunitaria dotata di effetto diritto, il giudice ordinario ha obbligo di non applicare la norma di legge in contrasto, riconoscendo la priorità del diritto comunitario nell'ordinamento interno senza sollevare questione di legittimità costituzionale. Precisamente nella sentenza Van Gend del 1963, la Corte afferma che quando una norma comunitaria possiede effetto diretto ed in specie le direttive, occorrono che sussistano tre condizioni: che sia inutilmente scaduto il termine entro il quale lo Stato è tenuto a dare attuazione alla direttiva, che le previsioni siano chiare, precise e incondizionate e che le previsioni medesime attribuiscono all'individuo una posizione giuridica favorevole. Il problema, piuttosto, attiene allo status delle norme europee prive di effetto diretto dalle quali discendono obblighi a carico dello Stato. Tale questione è stata affrontata con sentenza 28/2010 in relazione ad una questione di legittimità costituzionale di una norma del Testo unico ambientale d.lgs. 152/06 che sottraeva le ceneri di pirite alla disciplina generale in materia di rifiuti, penalmente sanzionata ovvero, una categoria di sottoprodotti che secondo una direttiva Cee 2006

doveva esserne assoggettata a sanzione. Principio consolidato del diritto europeo è che dalle norme di una direttiva può derivare solo effetto giuridico favorevole e da esse non può derivare una incriminazione o un aggravamento sanzionatorio, salvo espressa norma nazionale che lo preveda. Tale situazione può far emergere un contrasto della norma interna che sottrae il fatto medesimo ad una generale fattispecie di reato come, nella specie, quella relativa all'illecito trattamento dei rifiuti, con gli artt. 11 e 117 Cost dal cui combinato disposto discende l'obbligo per il legislatore nazionale di rispettare gli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario sulla base della ratifica dei relativi trattati e con rinuncia ad una quota della sovranità. In tali casi, il giudice dovrà rimettere la questione alla Corte Costituzionale affinché accerti ed eventualmente elimini il denunciato contrasto, dichiarando l'illegittimità della norma comunitariamente illegittima anche a costo di ampliare l'area del penalmente rilevante. La Corte Cost. ha confermato ciò con altra sentenza 227/2010, in relazione al contrasto tra una disposizione della legge italiana di attuazione di una decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e le pertinenti disposizioni. Anche in tal caso la norma europea di riferimento era priva di effetto diretto e non era possibile la disapplicazione ma solo la possibilità di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale. Infine, in merito alle fonti dell'Unione Europea, nel 2011 si sono affrontate questioni relative al governo dei flussi migratori ed in specie alla c.d. direttiva rimpatri il cui termine di attuazione era scaduto il 24 dicembre 2010. Parte della giurisprudenza riteneva che tale normativa prevedeva uno standard minimo di tutela della libertà personale dello straniero. Posto che il T.u. immigrazione del 1998, art. 14, prevedeva una reclusione fino a cinque anni a carico dello straniero inottemperante alla procedura espulsiva, era considerato incompatibile con il meccanismo previsto dalla direttiva e dietro rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, si è infatti affermata l'incompatibilità della direttiva con una normativa che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese

terzo con soggiorno irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un termine il territorio dello Stato, vi permanga senza giustificato motivo. Di tale caso è necessario evidenziarne gli effetti prodotti nell'ordinamento italiano posto che molti imputati per il delitto censurato in sede europea sono stati assolti perché il fatto non è più previsto come reato con revoca di diverse sentenze di condanna anche passate in giudicato così riducendo l'area del penalmente rilevante a differenza della sentenza 28/2010. Inoltre, altra questione attiene all'obbligo del giudice nazionale di interpretare in modo conforme al diritto europeo anche nelle materie prima rientranti nel terzo pilastro come affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Pupino del 2005. Tale obbligo impone al giudice di optare, tra due interpretazioni consentite dal dato letterale della norma nazionale, quella che meglio consenta all'ordinamento nazionale di adempire agli obblighi dell'Unione. Una recente applicazione si è verificata circa la nozione di "pornografia" infantile non definita dalla legge penale italiana. Di tal che la Cass. al fine di interpretare l'art. 600 ter c.p. è ricorsa alla definizione data dalla decisione quadro 2004 dalla quale si evince l'irrelevanza penale della condotta di un indagato che aveva scattato diverse fotografie ai minori in costume da bagno. Ma in tale ipotesi, l'interpretazione conforme comporta una riduzione dell'area del penalmente rilevante rispetto ad altre opzioni possibili.

L'analisi delle fonti sopranazionali si completa evidenziando anche il ruolo della Cedu nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale e dei principi penalistici. Si evidenziano due pronunce della Corte Costituzionale richiamando le sentenze n. 348 e 349 del 2007 nelle quali si precisa che l'art. 117 Cost., sottopone il legittimo esercizio della potestà normativa statale e regionale non solo al rispetto dei vincoli comunitari ma anche degli obblighi internazionali tra i quali quelli sanciti dalla Cedu. La violazione di tali obblighi comporta l'illegittimità costituzionale del prodotto normativo nazionale salvo contrasto dell'obbligo internazionale con le norme costituzionali. Il giudice

nazionale, nel caso di antinomia tra norma nazionale e internazionale non può procedere con la disapplicazione della prima, ma sarà tenuto, assodata l'impossibilità di una interpretazione conforme, a rimettere la questione alla Corte Cost. per contrasto della norma interna con l'art. 117 Cost e con la norma internazionale rilevante che si colloca quale parametro interposto, Nella sentenza 80/2011 la Corte chiarisce che il Trattato di Lisbona non ha modificato lo status della Cedu sul fronte nazionale malgrado il TUE dopo le modifiche apportate , conferisce alla Cedu lo stesso valore giuridico dei Trattati e cioè di norme idonee a produrre effetti diretti nell'ordinamento interno. Tuttavia, fuori dall'ambito di applicazione del diritto UE le norme Cedu vincolano il legittimo esercizio della potestà legislativa statale e regionale con relativa illegittimità costituzionale delle leggi contrastanti. Mentre, la disapplicazione di leggi in contrasto con i diritti riconosciuti dalla Cedu può verificarsi all'interno degli ambiti di applicazione del diritto europeo a fronte dei quali il giudice ordinario potrà dare diretta applicazione ai diritti riconosciuti dalla Cedu nonché dalla Carta di Nizza come nel settore dell'ambiente, tratta di essere umani diritto penale dell'immigrazione. In tale contesto si colloca la recente sentenza n. 236/2011 in tema di retroattività della legge penale più favorevole. La Corte Cost. pur riconoscendo che dall'art. 7 Cedu si deduce suddetto corollario, nega che il principio di retroattività della legge penale più favorevole valga senza eccezione e riconosce la legittimità costituzionale della norma impugnata ovvero art. 10, comma 3, lex Cirelli che prevede la non retroattività delle più favorevoli norme in materia di prescrizione introdotte dalla legge medesima per i processi pendenti in grado di appello o di cassazione.

Alla luce di quanto esposto si comprende che i principi cardini del sistema penale nazionale non vengono erosi dalla compenetrazione di fonti sopranazionali ma piuttosto si realizza una rivisitazione,specie di stampo giurisprudenziale, della relativa risposta punitiva che la sanzione penale infligge a fronte di violazioni non solo nazionali ma anche sopranazionali.

**I CONCETTI DI ORDINE PUBBLICO, BUON COSTUME,
SICUREZZA PUBBLICA, IN DOTTRINA E IN
GIURISPRUDENZA**

a cura della Dott.ssa Claudia Zangheri Neviani

Sommario: 1) ordine pubblico; a) nel diritto civile; a1) ordine pubblico economico; a2) ordine pubblico internazionale; b) nel diritto penale; c) nel diritto costituzionale. 2) buon costume: a) nel diritto civile; b) nel diritto penale; c) nel diritto costituzionale. 3) sicurezza pubblica.

1) ORDINE PUBBLICO

L'espressione ordine pubblico, presente già nella prima legislazione del Regno d'Italia, si riscontra in diversi testi normativi fondamentali per il nostro ordinamento: il codice civile, il codice penale, le leggi di pubblica sicurezza e la costituzione. In ognuno di questi testi assume un significato diverso: - nel diritto civile è sinonimo di tutte quelle norme che sono inderogabile per l'autonomia dei privati; - nel diritto penale è posto a tutela dell'ordine costituito e della morale sessuale; - nel diritto costituzionale assume il significato di insieme di diritti non derogabili quali le libertà degli individui; - all'interno della normativa sulla pubblica sicurezza l'ordine pubblico implica dei limiti alla libertà privata.

a) Nel diritto civile

Per quanto concerne la normativa civilistica, il termine "ordine pubblico" nasce nel codice napoleonico e concentra in esso tutti quei valori essenziali inerenti ai rapporti tra privati. In Italia, viene riportato pedissequamente nel codice del 1865 ma rimane un concetto di difficile definizione, in quanto il legislatore non ne ha mai dato una non fissandone, neanche, i criteri per la

sua determinazione. Mancando una definizione legislativa, dottrina e giurisprudenza hanno cercato di elaborarla.

Nel codice civile del 1865 la dottrina non ha mai mostrato interesse per questo concetto, il Ferrara afferma che l'ordine pubblico è il risultato delle leggi, perché se così non fosse non sarebbe altro che "un pelago sconosciuto e senza confini", ciò anche per contrastare la funzione creativa del diritto da parte del giudice. Tale opinione non può più essere accolta dopo la modifica del codice del 1942. Nella nuova formulazione l'ordine pubblico viene espressamente menzionato nell'art. 12 delle disposizioni di attuazione al codice civile, il quale dichiara che per colmare le lacune occorre fare riferimento "ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato". Essi "fanno capo direttamente allo stato anche come potere politico e regime politico, come portatori di valori, indirizzi che sono fuori dal diritto o comunque in una fase metagiuridica" (FERRI). La dottrina maggioritaria è convinta che detti principi generali si pongano su di un piano diverso da quello delle norme, si tratta di principi imperativi che formano il tessuto della coscienza giuridica della società. Proprio a seguito dell'emanazione della Costituzione, essi trovano fondamento in quest'ultima, assumendo così valore preminente sulle leggi. Si tratta di categorie generali di valori, che sono la rappresentazione della civile convivenza. Tra questi vi si ricomprendono anche l'ordine pubblico e il buon costume i cui presupposti si basano proprio sui principi fondamentali di un ordinamento.

Questi principi assoluti assumono una pluralità di funzioni, da limite dell'autonomia privata a funzione interpretativa, integrativa (perché colmano le lacune della normativa), programmatica, (perché sono le direttive che il legislatore deve prendere a riferimento per l'emanazione di nuove leggi). L'ordine pubblico e il buon costume assumono una funzione conservatrice, di limite all'agire indiscriminato dei privati. L'ordine pubblico viene, infatti, definito come "una forma di tutela pubblicistica di interessi individuali" (FERRI).

A seguito di questa evoluzione la dottrina si è interrogata sul significato di ordine pubblico. Mentre per alcuni si tratta di un diritto naturale; altri lo identificano in principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato, come l'insieme dei principi connaturati nell'ordinamento giuridico ad es. i diritti delle persone, della famiglia, etc, trattandosi quindi di valori generali ma non generici.

Della stessa opinione è la giurisprudenza della Cassazione la quale ha sostenuto che

“i principi di ordine pubblico devono ravvisarsi nei principi fondamentali della nostra costituzione, o in quelle altre regole che, pur non trovando in essa collocazione rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduca in uno stravolgimento dei valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale” Cass. Civ. 26 novembre 2004 n. 22332

In ogni caso la funzione dell'ordine pubblico è quella di determinare la sfera del giuridicamente lecito. Ciò si evince anche dal combinato disposto dei commi I e II dell'art. 1322 c.c. e degli artt. 1343 e 1418 c.c. dove ordine pubblico, norme imperative e buon costume costituiscono i limiti che l'autonomia privata non può superare; nonché i criteri in base ai quali il giudice deve valutare la meritevolezza dell'interesse. L'ordine pubblico è criterio di valutazione della liceità della causa del negozio ex art. 1343 c.c., e quindi anche dell'illiceità e della validità dell'agire negoziale. Esso costituisce il limite negativo da non superare per la valutazione degli interessi meritevoli di tutela sia rispetto al I che al II comma dell'art. 1322 e dell'agire negoziale ex artt. 1343 e 1418 c.c. L'autonomia delle parti non vuol dire, infatti, agire libero e incondizionato, ma sviluppo della propria personalità, nel rispetto di quella degli altri, e nel rispetto dei valori sociali e delle norme. La violazione dell'ordine pubblico comporta, perciò, la nullità dell'atto, e per le attività non negoziali: il risarcimento del danno o anche sanzioni penali.

Impostato come limite negativo all'attività negoziale dei privati, rivela l'esigenza che questi non travalichino i valori fondamentali su cui si informa l'ordine sociale, i privati sono, quindi, tenuti a rispettare i valori e i principi che lo stato considera essenziali, in un determinato momento storico⁹, stabilendo così la linea di confine tra lecito ed illecito. Se ne deduce la relatività storica dell'ordine pubblico e la "mutevolezza del suo significato in funzione della struttura della società e delle basi dell'ordinamento giuridico ed in funzione del diverso atteggiarsi della coscienza collettiva di un popolo" (CIAN). L'ordine pubblico è spesso definito, per questo motivo, come "relativo e storico" (FERRI), nonché "variabile nel tempo" (SANTORO PASSARELLI.)

a 1) l'ordine pubblico economico.

L'ordine pubblico inteso come espressione di un ordinamento sociale fondato sull'individuo, e sui suoi diritti, è essenzialmente individualista. L'individualismo più accentuato nella nostra società lo si coglie nel campo dell'economia. Ecco allora che l'ordine pubblico non è, solo, inerente alle libertà personali e collettive, ma anche a quelle economiche, ed emerge sempre di più a seguito del sempre maggior intervento dello stato all'interno dell'economia. Per ordine pubblico economico si intende l'insieme dei principi e dei valori posti a protezione degli interessi di categorie economico-sociali deboli es. i consumatori o i lavoratori, ed incide sui rapporti patrimoniali della parti, facendo che si che queste con la loro libertà "non distruggano i cardini del nuovo ordine sociale" (FERRI).

Dall'art. 41 della costituzione emerge chiaramente il ruolo dell'ordine pubblico per l'economia privata: l'iniziativa economica dei privati è libera e "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". È l'espressione più

⁹ In tal senso anche Cian – Trabucchi nel "*Codice Civile Commentato*" edizione Giuffrè li identifica come "il complesso di principi e valori che informano l'organizzazione politica della società in una certa sua fase dell'evoluzione storica devono perciò considerarsi immanenti nell'ordinamento giuridico che vige per quella società in quella fase storica"

chiara di come l'ordine pubblico sia limite all'autonomia privata anche nel campo economico.

a 2) ordine pubblico internazionale

L'altro settore in cui l'ordine pubblico si è evoluto, è quello internazionale, soprattutto a seguito del proliferare di varie normative a carattere sovranazionale. Con il termine ordine pubblico internazionale: ci si riferisce al complesso di principi irrinunciabili della *lex fori* espressamente formulati dall'art. 31 delle disposizioni di attuazione al codice civile e dall'art. 797 n. 7 C.P.C. in materia di riconoscimento di sentenze straniere. Per qualificarsi in termini di ordine pubblico internazionale detti principi devono essere recepiti dall'ordinamento, sia in maniera espressa che implicita. Essi si ricavano dal contesto dell'ordinamento giuridico positivo, quindi devono essere recepiti non solo a livello costituzionale, dove sono espressi i valori supremi, ma anche a livello delle differenti legislazioni e quindi nel codice civile o nel codice penale. Anche l'ordine pubblico internazionale è "*variabile nello spazio e nel tempo*" (BADIALI). La variabilità nel tempo significa che ci si deve riferire ai principi in vigore al momento in cui si pone la problematica di quale diritto straniero applicare. In questo la funzione dell'ordine pubblico è, e rimane, quella di limite all'applicabilità della legge straniera richiamata, nel caso in cui questa ne risulti in contrasto.

Per la giurisprudenza costante l'ordine pubblico internazionale si identifica:

"nei principi etico - giuridici invalicabili in quanto ... aspetti essenziali della nostra civiltà" App. Milano 20 maggio 1975.

Principi che escludono l'applicarsi nel nostro sistema di

"quelle norme di legislazioni straniere le quali siano assolutamente ripugnanti all'ordine morale o alla coscienza collettiva e che non rispettano le somme esigenze della nostra civiltà giuridica." Cass. sez. un. 2 maggio 1960 n. 968.

L'ordine pubblico internazionale non coincide con l'ordine pubblico nazionale. Quest'ultimo funziona solo all'interno del sistema italiano, mentre il

primo costituisce un limite all'applicazione delle normative straniere inconciliabili con la nostra. Detti principi non sono determinati e non è possibile predeterminarli in via astratta, per questo motivo molta parte della dottrina ha parlato di relatività dell'ordine pubblico internazionale.

La giurisprudenza ha proposto due diverse costruzioni dell'ordine pubblico internazionale:

"... il limite dell'ordine pubblico internazionale - essendo posto a salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento internazionale- andrebbe determinato avendo esclusivo riguardo all'importanza che i principi, alla base delle norme derogate da quelle straniere, rivestono nella comunità nazionale." Cass. Civ. 26 novembre 2004 n. 22332.

A questa prima interpretazione è stata da tempo opposta una seconda opinione contraria, ad oggi prevalente, secondo la quale

"il giudice dovrebbe tracciare una distinzione tra i principi peculiari dell'ordinamento nazionale da un lato, ed i principi che questo ha in comune con la generalità degli altri ordinamenti statali, dall'altro, per negare applicazione soltanto alle norme straniere contrastanti con i secondi." Cass. Civ. 26 novembre 2004 n. 22332.

La giurisprudenza della Cassazione ha distinto i principi di ordine pubblico nazionale come le

"norme inderogabili dell'ordinamento che, in linea di massima, tra i cittadini non è lecito derogare" (Cass., sez. II civ., 389/1970).

e i principi di ordine pubblico internazionale come

"principi fondamentali dell'ordinamento riconosciuti dal legislatore come condizioni necessarie per l'esistenza della società" (Cass. 23 gennaio 1980, n. 543, in Foro it., 1980, I, 2221).

Si tratta, quindi, di un gruppo ristretto di principi generali, inderogabili e fondamentali che sono comuni a civiltà affini e che tutelano i diritti fondamentali dell'uomo. Sul presupposto che ogni ordinamento ha le proprie norme inderogabili, la funzione del diritto internazionale sarebbe nulla se si

limitasse a regolare fattispecie già regolate in maniera simile da parte dei singoli stati. Ne consegue che il limite dell'ordine pubblico internazionale si ha nei confronti di quelle norme che possano essere dannose per il nostro ordinamento, o che violino i diritti fondamentali dell'uomo.

b) Diritto penale

Nel codice penale vigente nel secolo scorso l'espressione riportata era "pubblica tranquillità". Si trattava di reati "*suis generis*" visti come il "*mezzo che congiunge la polizia preventiva con la giustizia punitiva*" (ROMAGNOSI). In quel contesto storico l'ordine pubblico si riduce alla prevenzione di un pericolo generico, attuale e costante, con la conseguenza che esso era sotteso ad ogni tipo di reato, perché oggetto mediato del reato medesimo. Questo portò all'anticiparsi del momento della repressione già in quello della prevenzione. Tale *trend* degenera nel periodo fascista, nel quale l'ordine pubblico assume rilievo di valore ideale.

Si può notare che anche nella legislazione penale (come nel codice civile) l'ordine pubblico non è espressamente definito e finisce per essere "territorio di frontiera tra prevenzione e repressione penale ove collocare tutto ciò che il rigore classificatorio sconsiglia di sistemare altrove" (MAURO DELLACASA). Per questo motivo la dottrina degli anni '70 ha attaccato il concetto di ordine pubblico, alla luce dell'accentuarsi della Costituzione e, di conseguenza, di tutte le garanzie che essa detta in materia di libertà personale, che sono un limite all'agire del legislatore.

L'erosione costante e inesorabile di tale concezione avviene con il codice Zanardelli e la modifica del reato non più contro la tranquillità, ma contro l'ordine pubblico, il quale ne accoglie una concezione ideale. Concezione che viene mantenuta anche nella redazione del codice Rocco. Solo con l'affermarsi dei principi costituzionali (in particolar modo dell'art. 21 Cost.) si riapre il dibattito in materia. Attualmente l'ordine pubblico è posto a tutela dell'ordine costituito e della morale sessuale, sono da intendersi come tutte

le offese al pudore e all'onore sessuale, che rappresentano una delle varie possibili specificazioni dell'ordine pubblico generale.

Il codice penale tutela l'ordine pubblico nel titolo V, art. 414 e seg. "delitti contro l'ordine pubblico" nel titolo VI, art. 422 e seg. "delitti contro la pubblica incolumità" e nel libro terzo titolo I, art 650, per le contravvenzioni di polizia. Anche nell'ambito del diritto penale il concetto di ordine pubblico è "proteiforme e poco afferrabile" (FIANDACA-MUSCO). Inizialmente la dottrina riteneva che l'ordine pubblico fosse un bene sfuggente, di pura creazione legislativa; la situazione si complica con l'emanazione della legislazione dell'emergenza, la quale considera di "ordine pubblico" le materie più diverse tra di loro.

Nella Relazione al Codice il legislatore ha espressamente affermato che l'ordine pubblico non coincide con l'ordine giuridico, e non può essere inteso "nemmeno come ordine completo, perfetto del popolo; ordine interno ed esterno; ordine che non solo permette di vivere, ma aumenta i piaceri di vita della collettività", ma più semplicemente l'ordine pubblico è da intendersi come "il buon assetto o il regolare andamento del vivere civile, a cui corrispondono, nella collettività, l'opinione il senso della tranquillità e della sicurezza." (Relazione Ministeriale al progetto del codice penale Roma, 1929, 202 s.).

L'ordine pubblico sia nel diritto penale che in quello costituzionale ha subito una doppia accezione del termine. In senso materiale ha da sempre ricompreso i reati contro la tranquillità pubblica ed equivale a sicurezza collettiva o buon ordine esteriore. In senso ideale o normativo, è il complesso dei principi e delle istituzioni fondamentali da cui dipende la sopravvivenza dell'ordinamento stesso. In questa seconda accezione è sinonimo di "ordine legale costituito" (FIANDACA-MUSCO). L'ordine pubblico materiale è, quindi, oggetto di tutela; quello ideale è la ratio stessa della tutela. Mentre la dottrina maggioritaria propende per la concezione di ordine pubblico materiale, la Corte Costituzionale oscilla tra le due. La stessa corte dà una

definizione differente di ordine pubblico ideale, come ordine pubblico costituzionale: il quale ricomprende tutti i principi fondamentali che riassumono l'ordine legale di convivenza sociale.¹⁰ Il problema dell'ordine pubblico ideale è che non essendo ben delineato potrebbe essere manipolato per farvi ricomprendere interessi anche non meritevoli di tutela. Ne consegue che il concetto di ordine pubblico orientato costituzionalmente, non può che essere quello materiale. "ciò che la legge penale è legittimata a prevenire, non è il disordine ideale scaturente dal conflitto tra principi e valori diversi, bensì il disordine materiale che mette a repentaglio la pace esterna e la sicurezza fisica delle persone". (FIANDACA Musco)

Anche l'idea dell'ordine pubblico come ideazione del legislatore ha però subito una lenta erosione da parte della dottrina, la quale ha sostenuto che fosse necessario trovare un dato sostanziale preesistente alla norma, in tal modo il bene protetto non deriva dal solo arbitrio del legislatore. Quest'ultimo può, infatti, stabilire i modi in cui tutelare il bene giuridico ma non lo può creare dal nulla. Ne deriva che il concetto di ordine pubblico non è più da intendersi in senso empirico come ordine pubblico esteriore, al contrario rientra nella concezione di ordine pubblico ideale o normativo che pone al centro dell'oggetto della tutela l'intero corpus delle norme giuridiche. Nemmeno l'ordine pubblico inteso in senso materiale può garantire da eventuali abusi, soprattutto se inteso in senso oggettivo: la nozione di pericolo si configurerebbe non come giudizio ma come idea mentale, di colui che subisce il reato. In questo modo, però, la norma perderebbe il suo disvalore oggettivo. Occorre allora recepire una nozione di ordine pubblico materiale sì, ma oggettivo.

c) Nel diritto costituzionale

¹⁰ Corte Costituzionale 16 marzo 1962 n. 19 e C. Cost. 8 luglio 1971 n. 168

La Costituzione italiana non fa menzione dell'ordine pubblico, ma nel diritto costituzionale esso assume il significato di insieme di principi non derogabili.

La Corte Costituzionale con svariate sentenze (32 e 175/1971 e 16/1982) ha richiamato l'uguaglianza dei diritti inviolabili dell'uomo profilando un concetto di ordine pubblico costituzionale come ordine ideale in un complesso che nulla a che fare con i limiti delle libertà ma attiene ai principi di validità degli atti giuridici.

"l'ordine pubblico inteso nel senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale, è un bene collettivo, che non è dammeno delle libertà di manifestazione del pensiero. L'esigenza dell'ordine pubblico non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari, né è incompatibile con essi. ... non potendo dubitarsi che, così inteso, l'ordine pubblico è un bene inerente al vigente sistema costituzionale, non può del pari dubitarsi che il mantenimento di esso - nel senso di preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi, da ogni attempta a modificarle o a renderle inoperanti mediante l'uso o la minaccia illegale della forza - sia finalità immanente del sistema costituzionale. Se per turbamento dell'ordine pubblico bisogna intendere l'insorgere di un concreto ed effettivo stato di minaccia per l'ordine legale mediante mezzi illegali idonei a scuoterlo ... è, perciò chiaro che non possono esser considerate in contrasto con la Costituzione le disposizioni legislative che effettivamente, e in modo proporzionato, siano volte a prevenire e reprimere siffatti turbamenti." Corte Costituzionale 16 marzo 1962 nr. 19.

La dottrina ha sempre distinto l'ordine pubblico materiale da quello ideale, optando per la prima delle due classificazioni.

In senso materiale è da intendersi come la violazione sia di un interesse materiale altrui che del principio che tutela detto interesse. La violazione della legge, l'illegittimità, si unisce, in questo caso, all'illiceità.

In senso ideale, il principio è violato di per sé, il sacrificio illegittimo dell'interesse altrui può avvenire anche in un secondo momento, ma ciò non

ha importanza perché comunque il principio è già minacciato in linea teorica. L'illegittimità produce in questo caso l'invalidità dell'atto che quindi non può produrre conseguenze.

Il problema è trovare il punto di distinzione tra le due ipotesi. La differenza tra esse viene meno "via via che si passa da un ordine pubblico come difesa da effettiva lesione di beni della vita essenziale; ad ordine pubblico come difesa da atti che questi beni mettono in pericolo e dal pericolo verificato in concreto, al pericolo astratto... fino a scomparire in caso di pericolosità presunta per legge con valutazione non ragionevole." (CERRI)

L'ordine pubblico ideale è visto come limite alla libertà ed esprime una democrazia che si difende, mentre un ordine pubblico materiale fa parte di una democrazia aperta che lo identifica solo come rispetto delle leggi.

La Corte Costituzionale ha dato diversi significati all'ordine pubblico: come difesa dell'ordine democratico in merito alla libertà di manifestazione del pensiero¹¹; come prevenzione e repressione dei reati. Fra i principi supremi la Corte ha sempre richiamato l'uguaglianza, i diritti inviolabili, con particolari riferimenti a quello di azione e di difesa. Ha così prodotto un concetto di ordine pubblico costituzionalizzato, come ordine ideale, e che attiene non ai limiti alla libertà, ma ai principi di validità degli atti giuridici.

"l'ordine pubblico è un bene collettivo, che non è da meno delle libertà di manifestazione del pensiero. L'esigenza di esso, ..., non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari, né è incompatibile con essi. In particolare al regime democratico e legalitario, consacrato nella Costituzione vigente e basato sull'appartenenza della sovranità popolare (art. 1) sull'uguaglianza dei cittadini (art. 3) e sull'impegno della legge (artt. 54, 76-79, 97-98, 101 ecc.) è connaturale un sistema giuridico, in cui gli obiettivi consentiti ai consociati e alle formazioni sociali non possono essere realizzati se non con gli strumenti e attraverso i procedimenti previsti dalle leggi, e non è dato per contro pretendere di introdurre modificazioni o

¹¹ Corte Costituzionale 19/1962 ha ritenuto possibili i limiti alla libertà di manifestazione solo se fondati su valori tutelati dalla costituzione.

deroghe attraverso forme di coazione o addirittura di violenza. Tale sistema rappresenta l'ordine istituzionale del regime vigente; e appunto in esso va identificato l'ordine pubblico del regime stesso." Corte Costituzionale 16 marzo 1962 nr.19.

Si veda ancora

"... anche le libertà cosiddette privilegiate non possono sottrarsi ai principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali impongono limiti naturali alla espansione di qualsiasi diritto." Corte costituzionale 14 aprile 1965 n. 25.

E

"è ovvio che la locuzione "ordine pubblico" ... debba intendersi come ordine pubblico costituzionale che deve essere assicurato appunto per consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo." Corte costituzionale 8 luglio 1971 n. 168

Si osserva, quindi, come la Consulta abbia da sempre sostenuto che i limiti alle libertà fondamentali non derivano solo dagli interessi tutelati dalle norme di diritto, ma anche da valori costituzionali, in questo modo l'ordine pubblico è il mezzo per evitare situazioni di conflitto tra due interessi privati.

2) IL BUON COSTUME

a) Nel Diritto civile

Letto in coordinato con l'ordine pubblico esso è espressione dell'insieme dei principi della morale. "È un criterio informatore e integratore del diritto codificato" (FERRI).

Il buon costume ha origini antiche e risale ai *boni mores* del diritto romano. Esso esprime valori che nascono dalla pratica ma che ad essa preesistono e la atteggiano. "E' un fenomeno deontologico che assume uniformità perché necessariamente si ispira ad un principio ordinante, che quindi è fuori dalla prassi". (FERRI).

La tradizione romana ripresa dalla quella francese, hanno identificato il buon costume con quello morale. Nel periodo giusnaturalista francese venivano

ricompresi nella nozione di buon costume i principi fondamentali di giustizia, virtù, onere, desumibili dalla morale. La sua funzione era quella di evitare che fosse data "forza legale all'immoralità" (TRABUCCHI), ciò in forza del presupposto che diritto e morale erano considerate due entità diverse operanti su piani diversi; ponendosi così il difficile problema del loro rapporto. Quasi tutti gli autori ritengono che i contenuti della morale siano di ordine religioso. Si veda ad es. come Dumat collega il buon costume all'ideale della morale cristiana. Anche in Italia si sostiene che nel nostro ordinamento il riferimento al buon costume sia da intendersi come quel "complesso di norme etiche che, per l'essenza stessa della civiltà in cui viviamo, è rappresentato dalla morale cristiana." "La morale non è un concetto mobile" (TRABUCCHI) ne consegue che i mutamenti e i cambiamenti "vengono a restringere il campo dell'illecito contro il buon costume unicamente perché si riconosce che la regola morale, indiscussa nella sua essenza, non viene offesa da un contegno che il costume non reputa in contrasto con la norma stessa" (TRABUCCHI). Ben presto la dottrina si discosta da tale opinione individuando una serie di alternative: - secondo la concezione sociologica, maggioritaria, l'espressione morale è sentita dal popolo come morale sociale corrente; - per altri in conformità con la dottrina francese, è da intendersi come morale ideale da presupporre, e che il legislatore deve confermare nel suo compito di indirizzo della vita sociale. Si tratta quindi di norma di carattere non giuridico, che tale rimane nonostante le sia stata fornita rilevanza giuridica mediante il rinvio legislativo delle norme che stabiliscono l'illiceità dei negozi contrari al buon costume. (SANTORO PASSARELLI) La giurisprudenza ha in aderenza a parte della dottrina privilegiato gli aspetti della morale, sessuale, e familiare, anche se ha più volte sostenuto che il buon costume non comprende solo questi principi, ma anche i principi etici che formano il fondamento della morale sociale. Dottrina e giurisprudenza concordano quindi sul fatto che il buon costume è da intendersi come l'insieme di "regole deontologiche non formalizzate pregiudiziali." (SACCO)

Il nucleo principale del problema, però, rimane, il rapporto tra diritto e morale. O si ammette che l'ordinamento tuteli la morale, e quindi si nega la sua funzione regolatrice; o si ritiene che la morale agisca all'interno dell'ordinamento solo come limite, direttamente o indirettamente desumibile dal sistema. Per una dottrina minoritaria il diritto deve adeguarsi ai principi della morale; ma la dottrina maggioritaria afferma l'autonomia della morale rispetto al diritto. L'unica morale comune altro non può essere se non quella giuridica, comune a tutti sotto due punti di vista: in primo luogo perché opera nei confronti di tutti i consociati, in secondo luogo perché sentita da tutti in quanto imparata, ed insegnata, come educazione morale. In questo contesto "le formule di lealtà correttezza, buona fede, non rappresentano che specificazioni ulteriori della formula più ampia e comprensiva del buon costume, e possono in qualche modo servire alla identificazione del suo significato" (FERRI). All'interno della nozione di buon costume rientrano, così, i principi di ordine morale delle singole professioni, i doveri di lealtà, buona fede, correttezza. Nonostante ciò non è, però, possibile fare un'elencazione completa, perché, comunque, il buon costume è, e rimane, un limite negativo per i privati i quali non possono violare i principi della coscienza vigenti nel momento storico in cui viene stipulata una convenzione.

La giurisprudenza prevalente ritiene, così, immorali:

"i negozi contrari a quei principi etici che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il suo comportamento la generalità delle persone corrette, di buona fede e di sani principi in un determinato ambiente e in una determinata epoca." Cassazione civile 17 giugno 1970 n. 1552 e nello stesso senso molte altre svariate sentenze come. Cass. 21 marzo 1965 n. 825. Anche se a volte essa si è riferita in senso più generale ai principi ed alle esigenze della morale collettiva, Cass. civ. 18 giugno 1987 nr 5371, e più recentemente al "*complesso dei principi etici costituenti la morale sociale in un determinato momento storico*" Cass. civ. 8 giugno 1993 n. 6381.

Sia l'ordine pubblico che il buon costume non sono precisati positivamente, ma sono sufficientemente rappresentativi, e risultano voluti dal legislatore per attenuare la rigidità degli schemi dell'ordinamento, esprimendo così le esigenze reali, risultando utili come "uscita di sicurezza" per norme che possono logorarsi ma che in questo modo rimangono attuali. Sono tra di loro autonomi e alternativi criteri di valutazione, sono strumenti di protezione dei valori che caratterizzano il nostro sistema giuridico, valori che mediante le limitazioni imposte dal buon costume e dall'ordine pubblico sono sottratti alla disponibilità dei privati.

Nel campo del diritto civile si può allora affermare che l'ordine pubblico e il buon costume sono limiti insuperabili con riferimento a tutte le manifestazioni delle libertà personali di un individuo. Nessuna libertà può essere compressa o limitata da disposizioni negoziali tra privati. Libertà intesa, non solo nel libero svolgimento dei propri interessi economici, ma come libertà religiosa, libertà di fare testamento, etc.. Ordine pubblico e buon costume sono cioè rivolti a tutelare tutti i tipi di libertà indisponibili; indisponibili in quanto valori ordinanti e fondamentali del nostro sistema.

b) Nel diritto penale

Solo con il codice Rocco compare nella classificazione dei delitti il riferimento alla moralità accostato al buon costume. Il primo problema che la dottrina si è posta concerne il significato dei due termini. Se essi vadano intesi come due distinti interessi protetti da una stessa norma plurioffensiva, o se al contrario, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria, si tratta semplicemente di due termini pleonastici, che servono a sottolineare la tutela che il nuovo codice ha voluto dare a tutti i reati contro la sessualità. Ne consegue, quindi, che l'utilizzo del termine moralità non deve essere inteso come "moralità pubblica" e quindi nell'accezione di coscienza etica di un popolo che in quanto tale è relativa; ma in termini di morale pubblica: come legge etica avente valore assoluto e universale.

Il buon costume nella concezione moderna si riferisce, così, all'insieme delle regole di comportamento e delle abitudini di vita che fissano ciò che è da ritenersi socialmente tollerabile nell'ambito delle relazioni sessuali. Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 21 della costituzione il buon costume è un valore espressamente garantito dalla carta costituzionale. Conseguenza di ciò che il buon costume assume lo stesso significato sia per il diritto penale che per quello costituzionale.

Questa concezione di buon costume non è esente da critiche: la dottrina ha, infatti, sottolineato come la libertà sessuale non sia sempre una specificazione del buon costume. Numerose sono state le istanze per modificare ed adeguare la disciplina dei reati sessuali ai nuovi valori costituzionali, con la conseguenza che detti reati non hanno più base per essere ricompresi tra quelli contro la società. Con la riforma i reati sessuali entrano a far parte dei <<delitti contro la persona>>, risultando così tutelata in primo luogo, non più come etica sociale, ma come profondità / grandezza fondamentale dell'uomo; ne deriva che pensati in questo modo si agganciano indissolubilmente alla costituzione.

c) Nel diritto costituzionale

Dal un punto di vista del diritto costituzionale il buon costume non coincide con la moralità pubblica, trattandosi di un istituto distinto da quello disciplinato dalla legislazione ordinaria. Le uniche norme della Costituzione che parlano di buon costume sono l'art. 21 co. 6 e l'art. 19.

La giurisprudenza della Consulta non ha mai dato una definizione precisa di buon costume, ne ha sempre delimitato la portata concettuale ma non definendone mai il contenuto. Al contrario la corte ha sempre sostenuto che si tratti di un principio elastico che non può essere cristallizzato in un concetto statico, dato che cambia continuamente in corrispondenza del mutare delle ideologie etico - sociali della società.

“il buon costume non può essere fatto coincidere, come è stato adombrato, con la morale o con la coscienza etica, concetti che non tollerano determinazioni quantitative del genere di quelle espresse dal termine “morale media” di un popolo, “etica morale” di gruppo o analoghe. La legge morale vive nella coscienza individuale e così intesa non può formare oggetto di un regolamento legislativo.

Quando la legge parla di morale, vuole riferirsi alla moralità pubblica, a regole, cioè di convivenza e di comportamento che devono essere osservate in una società civile. Non diversamente il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell’ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti.” C. Cost. 19 febbraio 1965 n. 9. Ne consegue che per moralità pubblica è da intendersi il complesso di principi etici che regolano la condotta e i costumi sociali nell’ambito dei rapporti sessuali.

In merito al riferimento al buon costume nell’art. 21 della costituzione, sono sorte diverse interpretazioni.

La prima, definita civilista, accosterebbe il significato della norma costituzionale ai *bonos mores*; la teoria penalista, accomunerebbe il buon costume alla nozione datane nel diritto penale; una terza corrente dottrinale ha identificato il buon costume nella morale familiare; l’ultima e maggioritaria corrente ricostruisce la nozione di buon costume in maniera autonoma, basandola sulla tutela della morale sessuale. Sia la teoria civilistica, che quella penalistica appaiono inadeguate allo scopo. La teoria maggioritaria ricostruisce la nozione di buon costume all’interno del sistema costituzionale, come conformità ai principi della morale sessuale. Si sottolinea

come questo significato sia elastico, in quanto mutevole a seconda dell'evolversi della morale.

3) LA SICUREZZA PUBBLICA

Nel nostro ordinamento ricorre spesso la promulgazione di leggi speciali¹², che si affiancano al codice penale. Sono leggi temporanee emanate per reagire a fenomeni criminali eccezionali per intensità e gravità, tutte ricorrono come presupposto diretto o indiretto alla tutela dell'ordine pubblico.

La legge 1423/56 è stata, ad esempio, emanata per tutelare maggiormente il pacifico svolgimento dei rapporti sociali. In questo modo esso viene garantito non solo dal sistema penale, di norme che reprimono i fatti illeciti, ma anche con un sistema di misure preventive emanate per evitare il pericolo del verificarsi di detti fatti.

All'interno della legislazione di emergenza la concezione di ordine pubblico ideale può portare a disfunzioni considerevoli, soprattutto per gli effetti pericolosi che possono avere sulle libertà. Dato che l'ordine pubblico ideale è quell'insieme di principi su cui si fonda il nostro ordinamento, la loro salvaguardia potrebbe, in alcuni casi, sacrificare anche le libertà personali garantite dalla costituzione. La difesa dell'ordine pubblico ideale può, infatti, portare alla criminalizzazione di condotte lontanissime dalla lesione del bene che si vuole tutelare. Proprio da queste considerazioni sorgono numerose critiche alla legislazione di emergenza. Il legislatore deve comunque, in ogni caso, rispettare i principi di legalità e tassatività nonché di personalità della responsabilità penale, dell'uguaglianza di fronte alla legge, e della proporzionalità, anche di fronte a casi di gravità insopportabile. "È la stessa impostazione repressivo - deterrente, alla base della legislazione dell'emergenza che viene a collidere con l'esigenza fondamentale dello stato sociale di diritto di garantire da un punto di vista formale e sostanziale

¹² L. 27 dicembre 1956 n. 1423 e il T.U. p.s.

la libertà.” (MOCCIA). Essa pone problemi anche con riguardo ai principi di offensività, mediante la tendenza a criminalizzare sempre di più gli atti preparatori, o le mere violazioni; ed il principio di materialità nonché la disciplina del tentativo.

Essendo il nostro ordinamento espressione di uno stato sociale di diritto sono sorti dubbi sulla legittimità costituzionale delle misure di prevenzione; superati in quanto il presupposto logico delle misure di prevenzione è proprio la tutela della sicurezza pubblica, che è costituzionalmente garantita dai principi posti a protezione dell'individuo, e dalle norme sulle libertà personali: come la finalità rieducativa della pena (art. 27 co. 3 Cost.), la personalità e la proporzionalità (artt. 27 co 1 e 3 Cost.) o la tutela della dignità umana.

La corte Costituzionale, dal canto suo, ha elaborato un concetto molto ampio di sicurezza pubblica che va oltre la difesa dell'incolumità fisica, estendendosi anche alla garanzia del pacifico godimento di tutti i diritti e di tutte le libertà riconosciute dalla Costituzione.

“esclusa l'interpretazione, inamissibilmente angusta, che la “sicurezza” riguardi solo l'incolumità fisica, sembra razionale e conforme allo spirito della Costituzione dare alla parola “sicurezza” il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quando è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'“ordinato vivere civile”, che è indubbiamente la meta di uno stato di diritto, libero e democratico.” C. Costituzionale 23 giugno 1956 n. 2

Ne consegue che affinché un determinato comportamento di un cittadino possa considerarsi contrario alla pubblica sicurezza, non si dovrà prendere in considerazione la sola moralità del cittadino, intesa come convinzione intima del medesimo. La pericolosità vista dall'ottica dell'ordine pubblico si ha tutte le volte in cui ci siano manifestazioni che possono far allarmare perché contrarie a ordini della pubblica autorità, o quando siano violente e

minacciose per la sicurezza (come sopra intesa dai giudici di palazzo spada) dalla generalità dei cittadini, che rischiano di vedersi limitata la loro libertà personale. Occorre sottolineare come il diritto di libertà personale non sia da considerarsi come illimitato potere di disposizione della persona fisica, ma come diritto a che l'opposto potere di coazione personale, la cui titolarità è in capo allo stato, sia esercitato solo in determinate circostanze e con il rispetto di determinate forme (le limitazioni devono, infatti, essere stabilite sola dalla legge o per atto motivato dell'autorità giudiziaria).

Attualmente può, quindi, definirsi la nozione di sicurezza pubblica come un'attività amministrativa la cui finalità è la tutela dell'ordine pubblico e dell'incolumità pubblica. Essa si caratterizza sotto due diversi punti di vista che devono tra loro graduarsi: da un lato l'interesse pubblico, dall'altro le libertà dei singoli.

BIBLIOGRAFIA

- Alberto Trabucchi "Buon Costume" Enciclopedia del Diritto Giuffrè editore
- Francesco Gazzoni "Manuale Di Diritto Privato" IX edizione Edizioni Scientifiche Italiane 2001
- Giovanni Battista Ferri "Ordine Pubblico (Dir. Priv.)" Enciclopedia del diritto Giuffrè Editore
- Giovanni Battista Ferri "Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto" Milano, Giuffrè Editore, 1970
- Giuseppe Panza "Ordine Pubblico I" Enciclopedia Giuridica Treccani.
- Giorgio Badiali "Ordine Pubblico III) diritto internazionale privato e processuale" Enciclopedia giuridica Treccani
- Augusto Cerri "Ordine Pubblico II) Diritto Costituzionale" Enciclopedia Giuridica Treccani
- Guido Corso "Ordine Pubblico (Dir. Pubbl.)" Enciclopedia Del Diritto Giuffrè Editore
- Carlo Fiore "Ordine Pubblico (dir. Pen)" Enciclopedia Del Diritto Giuffrè Editore
- Giuseppe Barile "Ordine Pubblico (Dir. Intern. Priv.)" Enciclopedia Del Diritto Giuffrè Editore
- Santoro Passarelli "Dottrine generali del diritto civile" nona edizione Napoli 1997 Casa editrice Dott. Eugenio Jovene
- Mauro Dallacasa "Ordine Pubblico (delitti contro l)" Enciclopedia Giuridica Treccani
- G.D. Romagnosi "Opere edite ed inedite" con annotazioni di A. Ge Giorgi, IV, 2 Milano 1842
- G. Fiandaca - E. Musco "Diritto penale parte speciale" Volume Zanichelli Editore 1999
- Sacco. R. "Il Contratto" in trattato Vassalli Torino 1975
- Sergio Moccia "Ordine Pubblico (disposizioni a tutela dell)" Enciclopedia Giuridica Treccani
- Marino Petrone "Moralità (Dir. Pen.)" Enciclopedia Del Diritto Giuffrè Editore
- Roberto Cortese "Moralità (dir. Pubbl.)" Enciclopedia del Diritto Giuffrè Editore
- Marco Colacito "Sicurezza (polizia di)" Enciclopedia Giuridica Treccani

ATTO, FATTO, NEGOZIO¹³

a cura del Dott. Claudio Amato

1.Premessa. 2. Fatto, Atto, Negozio: linee generali. 3. Un ipotesi dubbia di atto: l'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore. Teorie. 4. Atto e negozio: la mediazione e il contratto di lavoro 5. Negozio e contratto: la remissione del debito 6. Il fatto, l'atto e il negozio nella prospettiva delle fonti delle obbligazioni. Le nuove frontiere: il contatto sociale e l'obbligazione senza prestazione. 7. I c.d. rapporti contrattuali di fatto. [8. Un nuovo modo di intendere il negozio giuridico fra patrimonio e persona: cenni sul danno non patrimoniale da inadempimento.]

1.Premessa¹⁴

In un'epoca di crisi economica, che poi altro non e' se non il risvolto patologico di una crisi sociale (e perche' no, anche morale) della societ  odierna, la societ  volge gli occhi nuovamente verso il diritto. A seguito dei recenti crack finanziari, cadute di governi, rivolte di piazza (in nord Africa o in mediOriente, ma anche in Europa) da tutti si alza una voce che chiede un ritorno forte dello stato. Si invocano nuove regole, riforme, interventi puntuali. Regolarizzazione del mercato, allontanamento dal modello liberal-liberista, nuovi modelli organizzativi, spinte verso una decrescita e verso un nuovo modello di economia. Parimenti, se da un lato si invocano interventi statali che migliorino il lato materiale della vita umana, dall'altro si continua con forza a sentire sempre pi  pressante la richiesta di una formalizzazione, di un riconoscimento, dei cosiddetti nuovi diritti, che negli ultimi anni sono emersi in seno alla societ . Diritti che attengono alla sfera personale dell'uomo, diritti troppo spesso dimenticati, trattati con indifferenza. Con pregiudizio per l'intera comunit ; pregiudizio sentito in modo ancor pi  forte in un sistema

¹³ In questo numero solo i paragrafi 1 e 2, trattasi di un contributo che verr  pubblicato in pi  numeri in accordo con l'autore e per renderlo accurato e puntuale.

¹⁴ In tale articolo non verranno trattati ne' il tema della fattispecie ne' il tema del procedimento, in quanto richiederebbero un approfondimento specifico e maggiore, da dedicare in altra occasione pi  appropriata e consona.

che si dice democratico, ma che invece sembra preoccuparsi più del patrimonio (che dovrebbe essere un mezzo) piuttosto che di coloro che di quel patrimonio dovrebbero servirsi (cioè le persone), che in un sistema costituzionale come il nostro dovrebbe essere il fine supremo, nucleo attorno al quale si è edificato, e continua a strutturarsi un sistema, un ordinamento.)

In una situazione disastrosa e critica, qual è il compito del giurista? Troppo spesso si è stati abituati all'immagine di un giurista chiuso in una torre d'avorio, circondato dai suoi ferri del mestiere (libri, codici, sentenze), che, solo distrattamente, poggiava lo sguardo sulla realtà, su ciò che, al di fuori del suo tempio sicuro e protetto, accadeva nel mondo. Quello stesso mondo che le leggi dovrebbero regolare, cercando di condurre, in maniera non troppo diretta, ma neanche impalpabile, verso una società migliore.

Decenni fa, un noto maestro¹⁵, forse il maggior giurista italiano di sempre, nella sua fase "mistica", nel bel mezzo del positivismo imperante, soleva dire che non esisteva teoria generale del diritto senza una teoria generale della realtà.

Il successore di Carnelutti alla cattedra di diritto processuale sulla cattedra patavina, sebbene figura simmetricamente opposta a quella di quest'ultimo, dedicava le pagine introduttive della sua raccolta di scritti, proprio al ruolo del giurista nella società, e alla sua ontologica differenza di approccio rispetto agli scienziati di altre discipline. Diceva Salvatore Satta che *"Lo studioso del diritto, al contrario degli studiosi di altre scienze" deve vivere "intensissimamente la vita che si srotola e rotola sotto i suoi occhi", osservando i fenomeni sociali che agitano il mondo, "siano essi politici, artistici, religiosi."*¹⁶

Le citazioni appena proposte servono da viatico a quanto si proverà a trattare nelle pagine seguenti. In un periodo di crisi infatti, valoriale come

¹⁵ Ci si sta riferendo a Francesco Carnelutti. L'affermazione riportata nel testo è tratta da D. COCCOPALMERIO, *Francesco Carnelutti e il realismo giuridico italiano*, ESI, 1989. Nel testo richiamato, Carnelutti, in aperta polemica contro il formalismo kelseniano, aggiungeva che *"non esiste il giurista puro. E se esiste è un aborto di giurista"*.

¹⁶ La citazione è tratta dall'introduzione al volume *"Soliloqui e colloqui di un giurista"*, edito da Cedam nel 1968.

legislativa, chi volesse occuparsi del diritto non potrà che procedere dalle fondamenta di queste, anzi (per richiamare nuovamente Carnelutti) dalle sue fondazioni. E per lo studioso di diritto civile categorie fondative della disciplina sono indubbiamente il fatto, l'atto ed il negozio giuridico.

Non esiste infatti civilista che, nei suoi scritti, su gli argomenti più variegati e differenti, non abbia avuto a che fare con le tre figure su richiamate.

Nei paragrafi seguenti, si tenterà dunque di fornire una "ricognizione" sulle tre tematiche, provando, nei limiti delle capacità e delle conoscenze di chi scrive, ad offrire una panoramica ricostruttiva su di esse, e tentando inoltre di accennare a delle "materie" nuove che all'interno delle categorie principali sono sorte.

E dunque si dovrà accennare, dopo aver trattato della natura dell'atto di adempimento, a quella figura che la dottrina sin dagli anni '50 chiama "pagamento traslativo"¹⁷, quale modalità atipica di estinzione dell'obbligazione. Si parlerà di una situazione a metà strada fra negozio unilaterale e contratto, ovvero la remissione del credito; nella categoria degli atti, come su già annunciato, si imporrà' un'analisi della figura dell'atto di adempimento del debitore, nell tentativo di chiarire se si tratti di un negozio, di un atto ovvero di un fatto giuridico. Nella prospettiva delle fonti dell'obbligazione, inoltre, si tratterà del contatto sociale qualificato, dei rapporti contrattuali di fatto e infine della figura, oltremodo controversa, dei c.d. scambi senza accordo.

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

a cura del Dott. Francesco Di Paolo

Il Diritto Amministrativo, secondo una famosa, seppur parzialmente superata, definizione è *"la parte dell'ordinamento giuridico che ha per oggetto l'organizzazione, i mezzi e le forme dell'attività della pubblica"*

¹⁷ Il tema viene trattato da L.Mengoni in "Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con "causa esterna", in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1975, ora in *Scritti*, II, *Obbligazioni e Negozio*, pag. 487 ss., Giuffrè, 2011.

amministrazione e i conseguenti rapporti giuridici tra la medesima e gli altri soggetti" (ZANOBINI). Il Professor GARCÍA DE ENTERRÍA definisce: il Diritto Amministrativo "un derecho de naturaleza estatutaria en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administración Pública, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho Común¹⁸" .

Il diritto amministrativo è, quindi, un diritto per la - e proveniente dalla - Pubblica Amministrazione in quanto, questa, da un lato è destinataria delle norme, dall'altro ne è la fonte.

L'esigenza di aderenza al principio di legalità nella pubblica amministrazione ha avuto ampio ed importante sviluppo, in particolare, dopo la Rivoluzione francese, stabilendo che anche la P.A. dovesse agire nel rispetto delle norme di legge, secondo il paradigma della divisione dei poteri.

Tanto fu avversato il potere dell'amministrazione che in alcuni paesi (ad esempio la Francia) fu proibito all'esecutivo di emanare qualunque norma con forza di legge (proibizione, peraltro, evasa e "scavalcata" con una folta produzione di regolamenti).

Ancora i teorici si sono scatenati nel tentativo di racchiudere e specificare codesto principio. In particolare, la dottrina Spagnola¹⁹ ha dibattuto sull'essenza della legalità nel diritto amministrativo. Per alcuni, il principio di legalità della P.A. ha una caratteristica meramente negativa (teoria della c.d. "vinculación negativa"²⁰).

Secondo tale ricostruzione la P.A. sarebbe libera di agire con il solo limite del rispetto delle norme di legge (e specificatamente in senso formale).

¹⁸ *"diritto di natura statutaria, perché è rivolto alla regolamentazione di una particolare specie di soggetti che sono raggruppati sotto il nome di Pubblica Amministrazione, sottraendo questi (particolari) soggetti al diritto comune"*

¹⁹ Per esempio vedasi: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. (Curso de Derecho Administrativo I; Madrid 1983) e SANTAMARÍA PASTOR (J.A. Fundamentos de Derecho Administrativo I, Madrid, 1991)

²⁰ Vincolo negativo.

Gli atti dell'amministrazione, quindi, deriverebbero la propria legittimazione nella natura stessa di carattere pubblico del soggetto che li emana.

Secondo la teoria della "vinculación positiva"²¹, invece, il Principio di legalità si attegga in maniera positiva, prevedendo e necessitando, quindi, che gli atti della P.A. derivino la propria legittimità dalle norme di legge che le attribuiscono il potere.

Pertanto la P.A. non è libera, bensì abbisogna di norme sulle quali si impernano determinate attribuzioni, poteri e prerogative.

Entrambe le dottrine citate, se interpretate ed applicate correttamente, hanno un loro fondamento; ma, mentre la prima presenta un "gap" dal punto di vista della legittimazione, la seconda presenta il disagio di dover ricorrere a numerosissime norme di legge (c.d. ipertrofia legislativa), rendendo troppo lenta e macchinosa l'attività amministrativa che, invece, necessita di strumenti più agili per essere efficace.

Nel nostro ordinamento si suole interpretare il P. di legalità amministrativa da un punto di vista Costituzionale. Infatti, l'attività della P.A. è retta e vincolata, primariamente, dalle norme della Costituzione e per la specifica attribuzione di questa, dalle norme di legge.

Gli atti, i poteri, i privilegi e le prerogative della P.A., pertanto, si basano positivamente sulla Costituzione e, per rinvio della stessa, sulle norme che li prevedono (ciò comporta una serie di conseguenze quali, ad esempio, la tipicità e nominatività degli atti amministrativi).

Questo fa sì, di conseguenza, che, in particolare nel diritto amministrativo, il contrasto delle norme non debba e non possa risolversi solo in base al criterio gerarchico, bensì anche in base al principio di attribuzione, dal momento che fonti di produzione secondaria possono trarre la propria "vis" legislativa

²¹ vincolo positivo.

direttamente dalla “*grund norm*” nazionale (vedasi, ad esempio, art. 64 Cost.).

Nel nostro diritto positivo, sebbene la P.A. sia soggetta e debba agire nel rispetto del principio di legalità, ciò non comporta che sia mera esecutrice della legge, bensì, nei casi previsti, può agire discrezionalmente (sempre nel rispetto e nei limiti dei principi e delle norme di legge).

Negli ultimi anni hanno assunto elevato interesse le questioni inerenti l'applicazione del prefato principio, soprattutto in materia di immigrazione.

Si sono succedute, infatti, difformi pronunce della giurisprudenza amministrativa di merito, del Consiglio di Stato e della Consulta, attribuendogli ora una portata di mera rispondenza esteriore alle norme di legge, ora, di contro, si è cercato di entrare più nel merito, tentando di far prevalere, da ultimo, la legalità sostanziale rispetto al parametro formale.

Già nel 2005, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 78 del 18.02.2005, fu chiamata a decidere sulla legittimità di alcune disposizioni relative alla “sanatoria stranieri” del 2002, che vietavano la partecipazione alle procedure di emersione a coloro che fossero stati denunciati per uno dei reati ostativi di cui agli artt. 380 e 381 c.p..

In tale occasione, il Giudice delle leggi riteneva irragionevole e, perciò, incostituzionale la disposizione, per contrasto con l'art. 3 Cost. laddove equiparava da un punto di vista degli effetti la denuncia alla condanna.

Reputava, infatti, la Corte, che, sebbene la condanna per uno dei reati elencati fosse da considerarsi ragionevolmente ostativa al rilascio ed alla conferma del titolo di soggiorno (poiché, nell'ambito della propria discrezionalità, rilevando pericolosità sociale, così l'aveva ritenuta il legislatore), lo stesso non poteva dirsi per la denuncia in quanto atto di per sé inidoneo a sorreggere una presunzione *ex lege* di pericolosità dell'individuo.

In seguito, sempre la Consulta, con la sentenza n. 148 del 16.05.2008 dichiarava infondata la questione di legittimità dell'art. 4, co. 3 e dell'art. 5, co.5 del T.U. Immigrazione.

La Corte considerava, tra gli altri motivi, che l'automatismo espulsivo ivi previsto, il quale prevede come causa ostativa al rinnovo del permesso di soggiorno la condanna per alcuni reati in materia di stupefacenti, è idoneo - e sorretto da ragionevolezza, - in quanto *"il fatto che non sia previsto uno specifico giudizio di pericolosità sociale dei singoli soggetti" ... costituisce "un riflesso del principio di stretta legalità" che è garanzia ineliminabile dei loro diritti (anche per gli stranieri) la cui applicazione consente "di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa".*

Pertanto, il Giudice delle Leggi, non reputava necessario lo svolgimento di un'indagine di merito sulle concrete circostanze e sull'adeguatezza della misura nel caso concreto, ma si arrestava al mero criterio formale; secondo tale ricostruzione, pertanto, la mancata concessione del rinnovo del Permesso di soggiorno (o la sua revoca) era una conseguenza automatica discendente dalla legge della sussistenza di condanne per alcune tipologie di reato. La pubblica amministrazione, quindi, in questi casi, nega il permesso di soggiorno, o il suo rinnovo, senza dover accertare in concreto la pericolosità del soggetto. Il suo potere discrezionale si riduce, pertanto, alla verifica dell'esistenza del fatto storico, consistente nella condanna a taluno dei reati ostativi all'ingresso, in quanto il giudizio di meritevolezza alla permanenza è stato già effettuato dal legislatore in base ad una scelta conforme al "principio di ragionevolezza".

Nel medesimo senso si orientava anche la prevalente giurisprudenza sia dei T.A.R. che del Consiglio di Stato (tra le varie vedasi sentenze n. 980 del 16.02.2011 e n. 4904 del 27.07.2010). In senso parzialmente contrario andavano, invece, altre pronunce dei Tribunali Amministrativi (cfr., ad

esempio, T.A.R. Lombardia, Milano sez VI del 21.04.2009, ed altre), nonché l'importante sentenza della Corte Costituzionale n. 143 del 27.04.2007.

Quest'ultima, però, non riconosceva la necessità di un vero e proprio vaglio, da parte dell'amministrazione, di tutte le circostanze del caso, anche in presenza della sussistenza dei reati ostativi. In particolare, quest'ultima pronuncia affermava che: *"il giudizio di pericolosità può, in ipotesi, fondarsi anche su una sola condanna penale, ma esso deve essere dato in concreto con riguardo alle specifiche condizioni della persona, e tenendo anche in considerazione la valutazione operata dal giudice nel concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena"*. Ma rimetteva la controversia alla cognizione del T.A.R. perchè analizzasse la normativa alla luce dello *ius superveniens*.

A cambiare il quadro prospettico descritto è di recente intervenuta di nuovo la Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza n. 172 del 06 luglio 2012 ha affermato che l'automatismo previsto nel T.U. Immigrazione (così come modificato dall'art. 1-ter, comma 13, lettera c) del D.L. n. 78 del 01.07.2009) non risponde ai "principi di eguaglianza" e di "ragionevolezza" e che è necessario, quindi, che le autorità amministrative svolgano un concreto approfondimento della situazione presentatasi.

A sostegno di questa tesi la Corte evidenzia, altresì, che, nel caso di specie, era stata considerata condizione ostativa la sussistenza di uno dei delitti previsti dall'art. 381 c.p.p.; reati che - vista la mera facoltà da parte dell'agente di procedere all'arresto - in realtà non erano sintomatici di allarme sociale.

Con tale pronuncia additiva, Il Giudice di Costituzionalità, entrando nel merito della vicenda (addippiù ha anche indagato sul posto di lavoro dei ricorrenti e sulla loro funzione sociale), ha necessariamente orientato l'interpretazione del P. di legalità nella materia, spostandola da un criterio

meramente formalistico in direzione di una legalità più sostanziale.

RACCOLTA DI MASSIME

ESTREMI

Autorità: Corte costituzionale
Data: 03 maggio 2002
Numero: n. 146
Parti: Pres. Cons.
Fonti: Giur. cost. 2002, 1270, Foro
it. 2002, I,2232

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) in genere

TESTO

È manifestamente infondata, in riferimento agli art. 2, 3 e 35 cost., la q.l.c. dell'art. 13 comma 2 d.lg. 25 luglio 1998 n. 286, nella parte in cui stabilisce che il prefetto deve disporre automaticamente l'espulsione dello straniero, una volta accertati i presupposti previsti, e non gli consente di

prendere in considerazione situazioni che ne legittimerebbero la permanenza in Italia, in quanto quello che il giudice rimettente chiama automatismo espulsivo altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità, che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa.

Autorità: Consiglio di Stato sez. VI
Data: 16 febbraio 2011
Numero: n. 980
Parti: Z.M. C. Min. int. e altro
Fonti: Foro amm. CDS 2011, 2, 594

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare extracomunitari) - permesso di soggiorno

TESTO

Corte Costituzionale - Costituzionalità (questione di) - Relativa all'art. 4 comma 3, T.U. n. 286 del 1998 - Per contrasto con gli artt. 3 e 13 Cost. - Nella parte in cui consente il diniego di rilascio del permesso di soggiorno in assenza di una valutazione caso per caso della pericolosità sociale - Manifesta infondatezza - Ragioni.

La questione di costituzionalità dell'art. 4 comma 3, t.u. n. 286 del 1998, per contrasto con gli art. 3 e 13 cost., nella parte in cui consente il diniego di rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno in assenza di una valutazione caso per caso della pericolosità sociale, è

manifestamente infondata, in ragione del fatto che l'automatismo espulsivo altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce anche per gli stranieri principio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa.

(Conferma Tar Emilia - Romagna, Parma, n. 61 del 2006).

Autorità: Corte costituzionale
Data: 18 febbraio 2005
Numero: n. 78
Parti: -
Fonti: Riv. dir. internaz. 2005, 511

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) in genere

TESTO

Se è indubitabile che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire i requisiti che gli stranieri extracomunitari debbono avere per ottenere le autorizzazioni che consentono loro di trattenerli e lavorare in Italia, al fine di essere in armonia con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 cost. la normativa deve essere conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza. L'art. 33, 7 comma, lett. c), l. 30 luglio 2002 n. 189 e l'art. 1, comma 8, lett. c) d.l. 9 settembre 2002 n. 195, conv. con l. 9 ottobre 2002 n. 222, fanno irragionevolmente derivare in modo automatico il rigetto dell'istanza di regolarizzazione dalla denuncia di un reato per il quale gli art. 380 e 381 c.p.p. prevedono l'arresto in flagranza.

Autorità: Corte costituzionale
Data: 18 febbraio 2005
Numero: n. 78
Parti: -
Fonti: Giur. cost. 2005, 1, Foro amm. CDS 2005, 2, 289, Dir. relaz. ind. 2005, 1103, Giur. cost. 2005, 2, 1411 (s.m.) (nota di: PICCIONE)

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) in genere

TESTO

Sono costituzionalmente illegittimi l'art. 33 comma 7 lett. c) l. 30 luglio 2002 n. 189, e l'art. 1 comma 8 lett. c) d.l. 9 settembre 2002 n. 195, conv., con modificazioni in l. 9 ottobre 2002 n. 222, nella parte in cui fanno derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla presentazione di una denuncia per uno dei reati per i quali gli art. 380 e 381 c.p.p. prevedono l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza. Premesso che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire i requisiti che i lavoratori extracomunitari debbono avere per ottenere le autorizzazioni che consentano loro di trattarsi e lavorare nel territorio della Repubblica, e che l'esercizio di tale discrezionalità deve essere rispettoso dei limiti segnati dai precetti costituzionali, e in particolare conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza, le norme censurate fanno irragionevolmente derivare dalla denuncia - che è un atto che nulla prova circa la colpevolezza o la pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce - conseguenze molto gravi in

danno di chi della medesima è soggetto passivo, imponendo il rigetto dell'istanza di regolarizzazione che lo riguarda e l'emissione nei suoi confronti dell'ordinanza di espulsione, e ancor più gravi qualora s'ipotizzino denunce non veritiere per il perseguimento di finalità egoistiche del denunciante e si abbia riguardo allo stato di indebita soggezione in cui, nella vigenza delle norme stesse, vengono a trovarsi i lavoratori extracomunitari.

Autorità: Corte costituzionale
Data: 16 maggio 2008
Numero: n. 148
Parti: R.C. e altro C. Min. int. e altro
Fonti: Redazione Giuffrè 2008

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) permessodi soggiorno

TESTO

La sicurezza, la sanità pubblica, l'ordine pubblico, nonché i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione rappresentano quell'insieme di interessi pubblici da tenere in considerazione nella regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale. Spetta primariamente al legislatore ordinario la valutazione complessiva degli interessi in parola, potendo lo stesso esercitare un potere discrezionale in materia, con il solo limite della manifesta irragionevolezza.

Autorità: Corte costituzionale
Data: 16 maggio 2008
Numero: n. 148

Parti: R.C. ed altro **C.** Pres. Cons. Ministri
Fonti: Foro amm.
CDS 2008, 5, I, 1370 (s.m.), Foro
it. 2008, 10, I, 2774, Giur. cost. 2008, 3, 1816

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) permesso di soggiorno

TESTO

Sicurezza pubblica - Stranieri (in particolare: extracomunitari) - Permesso di soggiorno - Rinnovo - Condanna, a seguito di patteggiamento, per reati inerenti gli stupefacenti - Causa ostativa - Mancata previsione della subordinazione del divieto del rinnovo alla verifica in concreto della pericolosità del condannato - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza e di buon andamento della pubblica amministrazione, nonché asserita lesione dei diritti fondamentali della persona e del diritto di difesa - Esclusione - Non fondatezza della questione.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 4, comma 3, e dell'art. 5, comma 5, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, nel testo risultante a seguito delle modifiche di cui alla l. 30 luglio 2002 n. 189, censurato, in riferimento agli articoli 2, 3, 24, 97 Cost., in quanto prevede quale causa ostativa al rinnovo del permesso di soggiorno la condanna, a seguito di patteggiamento, per reati inerenti agli stupefacenti e senza alcuna valutazione in concreto della pericolosità del condannato. Premesso che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio

nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione, e che tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, deve escludersi che sia manifestamente irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio nazionale alla circostanza della mancata commissione di reati di non scarso rilievo, come quelli connessi alla violazione della normativa sugli stupefacenti; né possono considerarsi manifestamente irragionevoli: a) il fatto che non venga dato rilievo alla sussistenza delle condizioni per la concessione del beneficio della sospensione della pena, data la non coincidenza delle valutazioni sottese rispettivamente alla non esecuzione della pena e al giudizio di indesiderabilità dello straniero nel territorio italiano; b) il fatto che non sia previsto uno specifico giudizio di pericolosità sociale dei singoli soggetti, costituendo l'automatismo espulsivo un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa; c) il fatto che la condanna sia emessa a seguito di patteggiamento, giacché, da un lato, la sentenza di applicazione della pena su richiesta, salve diverse disposizioni di legge, «è equiparata a una pronuncia di condanna» e, d'altra parte, per le fattispecie - quali quelle oggetto dei giudizi a quibus - interamente verificatesi dopo l'entrata in vigore della l. n. 189 del 2002, il fatto che la condanna sia intervenuta in sede di patteggiamento non appare significativo, in quanto

«nell'opzione del rito alternativo, l'imputato è posto ex ante nella piena condizione di conoscere tutte le conseguenze scaturenti dalla scelta processuale operata». Quanto alla denunciata violazione degli artt. 24 e 97 Cost., questi sono stati invocati non sulla base di autonome motivazioni, bensì in connessione con gli artt. 2 e 3 Cost. (sentt. nn. 333 del 1991, 58 del 1995, 203 del 1997, 252 del 2001, 432 del 2005, 206 e 324 del 2006; ordd. nn. 146 del 2002, 361 e 456 del 2007).

Autorità: Corte costituzionale
Data: 27 aprile 2007
Numero: n. 143
Parti: A.E.L. C. Min. int.
Fonti: Giur. cost. 2007, 2

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) permessodi soggiorno

TESTO

Restituzione al giudice rimettente degli atti relativi alla q.l.c. del combinato disposto degli art. 4 comma 3 e 5 comma 5 d.lg. 25 luglio 1998 n. 286, come modificato dalla l. 30 luglio 2002 n. 189, censurato, in riferimento agli art. 2, 3, 11, 13, 24, 27, 29, 30, 35, 36, 41 e 117 comma 1 cost., in quanto, in presenza di una condanna per uno dei reati di cui all'art. 4, comma 3, il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno rappresenta un epilogo automatico, non essendo consentita all'autorità amministrativa alcuna concorrente valutazione della pericolosità sociale in concreto dello straniero. Successivamente all'ordinanza di rimessione, con il d.lg. 8 gennaio 2007 n. 3

è stata data attuazione alla direttiva 2003/109/Ce del Consiglio, relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, e con il d.lg. 8 gennaio 2007 n. 5 è stata data attuazione alla direttiva 2003/86/Ce del Consiglio, sul ricongiungimento familiare, sicché appare necessaria una nuova valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione.

Autorità: Corte costituzionale
Data: 26 maggio 2006
Numero: n. 206
Parti: - C. -
Fonti: Giur. cost. 2006, 3

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) regolarizzazione

TESTO

Non è fondata la q.l.c. dell'art. 1 comma 8 lett. a) d.l. 9 settembre 2002 n. 195, conv., con modificazioni, in l. 9 ottobre 2002 n. 222, censurato, in riferimento agli art. 3 e 35 comma 1 cost., nella parte in cui esclude dalla legalizzazione del rapporto di lavoro gli extracomunitari che siano stati espulsi con provvedimento da eseguire mediante accompagnamento alla frontiera. La norma censurata, infatti, non appare manifestamente irragionevole, considerato che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno nel territorio nazionale si collega alla discrezionale ponderazione da parte del legislatore di svariati interessi, quali la sanità e la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico, la politica nazionale in tema di immigrazione; né può ritenersi violato l'art. 35 cost., poiché il legislatore può subordinare la configurabilità di un rapporto di lavoro al

fatto che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato non sia di pregiudizio per gli interessi pubblici coinvolti.

Autorità: Corte costituzionale
Data: 26 maggio 2006
Numero: n. 206
Parti: - C. -
Fonti: Giur. it. 2007, 2, 308 (s.m.) (nota di: CARRARELLI)

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) espulsione amministrativa in genere

TESTO

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 1, comma 8, lett. a), d.l. 9 settembre 2002, n. 195 (Disposizioni urgenti in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari), convertito, con modificazioni, nella l. 9 ottobre 2002, n. 222, per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui esclude dalla legalizzazione del rapporto di lavoro gli extracomunitari che siano stati espulsi con provvedimento da eseguire mediante accompagnamento alla frontiera, in quanto la norma non appare manifestamente irragionevole, tenuto conto che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno nel territorio nazionale si collega alla discrezionale ponderazione da parte del legislatore dei diversi interessi in gioco. Non risulta violato neppure l'art. 35, comma 1, Cost., poiché il legislatore può subordinare la configurabilità di un rapporto di lavoro al fatto che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato non sia di

pregiudizio per gli interessi pubblici coinvolti.

Autorità: Corte costituzionale
Data: 26 maggio 2006
Numero: n. 206
Parti: - C. -
Fonti: Riv. it. dir. lav. 2007, 1, II, 3 (s.m.) (nota di: FONTANA)

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) autorizzazione al lavoro assunzione di lavoratori privi di -

TESTO

Lavoro degli immigrati extracomunitari - Regularizzazione - Art. 1, comma 8, L. n. 222/2002 - Questione di costituzionalità - È infondata - Solo limite alla discrezionalità del legislatore ordinario è la ragionevolezza della scelta.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale, in rapporto agli art. 3 e 35, primo comma, Cost., dell'art. 1, ottavo comma, lett. a), d.l. 9 settembre 2002, n. 195, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 ottobre 2002, n. 222, che esclude la possibilità di regolarizzare rapporti di lavoro con immigrati extracomunitari irregolari, colpiti da provvedimento di espulsione mediante accompagnamento coatto alla frontiera. La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è infatti collegata

alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, per esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione. E tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli.

Autorità: Corte Costituzionale
Data: 06 luglio 2012
Numero: n. 172
Parti: Pres. Cons.
Fonti: Diritto & Giustizia 2012, 9 luglio

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) - regolarizzazione

TESTO

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 cost., dell'art. 1 ter, comma 13, lettera c), del d.l. 1 luglio 2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), introdotto dalla legge di conversione 3 agosto 2009, n. 102, nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 c.p.p., senza prevedere che la p.a. provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Tale

norma riguarda la regolarizzazione della posizione lavorativa dei lavoratori extracomunitari (definita "emersione") i quali, alla data del 30 giugno 2009, svolgevano attività di assistenza in favore del datore di lavoro o di componenti della famiglia del predetto, ancorché non conviventi, affetti da patologie o handicap che ne limitano l'autosufficienza, ovvero espletavano attività di lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare. In ragione della specificità della fattispecie si manifesta l'irragionevolezza del diniego di regolarizzazione automaticamente correlato alla pronuncia di una sentenza di condanna per uno dei reati di cui all'art. 381 c.p.p., senza che sia permesso alla p.a. di apprezzare al giusto gli interessi coinvolti e di accertare se il lavoratore extracomunitario sia o meno pericoloso per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

Autorità: Corte Costituzionale
Data: 06 luglio 2012
Numero: n. 172
Parti: Pres. Cons.
Fonti: Corte Cost. Sito ufficiale 2012

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) - regolarizzazione

TESTO

È costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 3 cost., l'art. 1- ter, comma 13, lett. c) d.l. 1 luglio 2009 n. 78, introdotto dalla legge di conversione n. 102 del 2009, nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto dell'istanza di regolarizzazione del lavoratore

extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati per i quali l'art. 381 c.p.p. permette l'arresto facoltativo in flagranza, senza prevedere che la p.a. provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Invero, nel più ampio contesto della regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, il legislatore ben può subordinare la regolarizzazione del rapporto di lavoro al fatto che la permanenza sul territorio dello Stato non sia di pregiudizio ad alcuno degli interessi coinvolti, ma la relativa scelta deve, al contempo, costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento degli stessi, soprattutto quando sia suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario, perché la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi. Nella specie, la manifesta irragionevolezza della norma censurata discende, anzitutto, dalla circostanza che il diniego della regolarizzazione consegue automaticamente alla pronuncia di una sentenza di condanna anche per uno dei reati di cui all'art. 381 c.p.p., nonostante che gli stessi non siano necessariamente sintomatici della pericolosità di colui che li ha commessi. Tale manifesta irragionevolezza è inoltre confermata dalla circostanza che l'automatismo concerne una fattispecie del tutto peculiare, posto che la regolarizzazione in esame riguarda i soli stranieri extracomunitari i quali, da un tempo ritenuto dal legislatore apprezzabile, svolgevano, sia pure in una situazione di irregolarità, attività di assistenza in favore del datore di lavoro o di componenti della

famiglia del predetto, ancorché non conviventi, affetti da patologie o disabilità che ne limitano l'autosufficienza, ovvero attività di lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare. Sono queste, infatti, attività che per il loro contenuto e per la circostanza di essere svolte all'interno di una famiglia, da un canto, agevolano l'accertamento dell'effettiva pericolosità dello straniero; e, dall'altro, evidenziano che l'automatismo, nel caso di assistenza in favore di quanti sono affetti da patologie o disabilità che ne limitano l'autosufficienza, rischia di pregiudicare irragionevolmente gli interessi di questi ultimi. L'arbitrarietà della disciplina risulta, infine, ancora più palese in relazione al caso (oggetto dell'ordinanza di rimessione), di pronuncia di una sentenza non definitiva di condanna per uno dei reati contemplati da tale norma. Dalla sentenza non definitiva sono, infatti, desumibili elementi in grado di orientare la formulazione del giudizio di pericolosità; urta, invece, in modo manifesto con il principio di ragionevolezza che siano collegate alla stessa, in difetto del giudicato ed in modo automatico, conseguenze molto gravi, spesso irreversibili, per il lavoratore extracomunitario, nonostante che la stessa commissione del reato potrebbe non essere sicuramente sintomatica della pericolosità sociale del medesimo. - Sulla discrezionalità del legislatore circa la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, collegata al bilanciamento di molteplici interessi pubblici, così come sull'esigenza che sia rispettato il limite della ragionevolezza, v. le seguenti citate pronunce: sentenze n. 148/2008, 206/2006, 78/2005, 58/1995 e 62/1994; ordinanze n. 218/2007, 44/2007, 463/2005 e 146/2002. - Sull'inesistenza di un'incompatibilità, in linea di principio, dell'automatismo del

rifiuto del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno con l'art. 3 cost., v. le seguenti citate decisioni: sentenze n. 148/2008 e 206/2006; ordinanze n. 218/2007 e 44/2007; sul fatto che le scelte in merito alla disciplina del citato automatismo debbano comunque costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento degli interessi coinvolti dalla disciplina dell'immigrazione, v., tra le altre, le citate sentenze n. 245/2011, 299/2010 e 249/2010.

- In relazione ad analoghi automatismi concernenti la disciplina dell'espulsione, v. le citate ordinanze n. 463/2005 e 146/2002; sulla legalizzazione del lavoro irregolare dei cittadini extracomunitari, v. le seguenti citate decisioni: sentenza n. 206/2006; ordinanze n. 218/2007 e 44/2007; nel senso che tale automatismo costituisce un "riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione" ed è "anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti", v., ex multis, le seguenti citate decisioni: sentenza n. 148/2008; ordinanza n. 146/2002. - Sul principio in virtù del quale "le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit", sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta "tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa", v. le citate sentenze n. 231/2011, 164/2011, 265/2010 e 139/2010.

Autorità: Corte Costituzionale
Data: 06 luglio 2012

Numero: n. 172
Parti: Pres. Cons.
Fonti: Corte Cost. Sito ufficiale 2012

CLASSIFICAZIONE

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri (in particolare: extracomunitari) - regolarizzazione

TESTO

Le questioni di legittimità costituzionale - sollevate in riferimento agli artt. 3, 27 e 117, primo comma, Cost. ed in relazione agli artt. 6 ed 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - dell'art. 1- ter , comma 13, lett. c), del d.l. 1° luglio 2009, n. 78 (introdotto dalla legge di conversione n. 102 del 2009) sono rilevanti limitatamente alla parte della norma che non consente di ammettere alla procedura di emersione il lavoratore extracomunitario condannato per uno dei reati previsti dall'art. 381 cod. proc. pen. Infatti, da un lato, i ricorrenti nei giudizi principali non hanno ottenuto la regolarizzazione della propria posizione lavorativa per aver riportato condanna per uno dei reati contemplati da tale ultima norma; dall'altro, i rimettenti denunciano la violazione dell'art. 3 Cost. sostenendo - pur con diverse argomentazioni - che l'automatismo del diniego della regolarizzazione sarebbe manifestamente irragionevole anche perché correlato alla condanna per uno dei reati richiamati dal citato art. 381 cod. proc. pen., benché gli stessi non siano di rilevante gravità e tali da suscitare particolare allarme sociale (tenuto conto che per essi è previsto l'arresto in flagranza).

Lineamenti dell'appello nel procedimento sommario di cognizione

a cura dell'Avv. Alberto Gian Maria Eramo

L'art. 702 quater cpc²² regola l'appello nel procedimento sommario di cognizione, ma con una disciplina estremamente scarna. Dalla lettura del citato articolo emergono infatti solo tre aspetti, seppur decisivi, del procedimento:

1. avverso l'ordinanza emanata all'esito del procedimento sommario si può proporre appello nei trenta giorni successivi dalla sua comunicazione o notificazione;
2. sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene indispensabili ai fini della decisione (ovvero si dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa non imputabile);
3. il presidente del collegio può delegare l'assunzione dei mezzi istruttori ad uno dei componenti del collegio.

Con l'entrata in vigore del rito sommario è tuttavia immediatamente sorta la necessità di individuare le modalità di integrare tale disciplina, naturalmente applicando la normativa adatta alla natura ed agli scopi della procedura in esame.

Dottrina (*ratione temporis*, in maggior misura) e giurisprudenza²³ hanno quindi

22 Art. 702 quater: “L'ordinanza emessa ai sensi del sesto comma dell'art. 702 – ter, produce gli effetti di cui all'art. 2909 del codice civile se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione. Sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene indispensabili ai fini della decisione, ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile. Il presidente del collegio può delegare l'assunzione dei mezzi istruttori ad uno dei componenti del collegio”.

23 Vedasi tra le altre: App. Perugia 2-11-2011, in Giusto proc. civ. 2012, p. 183 e ss.; C. App. Roma, 11.5.2011, n. 2089, che però accede alla tesi secondo solo l'ordinanza di accoglimento del ricorso introduttivo del procedimento sommario di cognizione possiede attitudine ad acquistare autorità di cosa giudicata e, pertanto, è suscettibile di impugnazione mediante appello, sulla base della conformità al un modello del decreto ingiuntivo cosicché “...”, mentre il decreto di accoglimento del ricorso monitorio è idoneo ad acquistare autorità di cosa giudicata, ove non opposto, il provvedimento di rigetto non possiede altra efficacia che quella di chiudere il procedimento, rimanendo in facoltà del ricorrente di riproporre la domanda anche in via ordinaria, ai sensi dell'art. 640 c.p.c. Ciò, alla luce della previsione del

proposto, con maggiore o minore concordia, soluzioni per definire e concretamente regolamentare i singoli aspetti (e le fasi) del rito in appello del procedimento sommario.

1. L'art. 702 quater non fornisce alcuna definizione dei caratteri e dei profili dell'impugnazione, limitandosi a statuire che trattasi di "appello".

Tale diretto richiamo ha però il potere di determinare la piena applicabilità della disciplina sulle impugnazioni in generale, di cui agli art. 323 cpc e ss. e delle norme specificamente previste per l'appello dagli art. 339 e ss. cpc., con gli indispensabili adattamenti rappresentati dalle specificità contenute nella norma di cui è parola.²⁴

In conseguenza, non può sorgere incertezza in ordine alla circostanza che l'impugnazione deve essere proposta, ex art. 341 cpc., dinanzi alla Corte di Appello, la cui cognizione in questo grado di giudizio acquista la pienezza e gli ampi e consueti caratteri derivanti da una istruzione "non sommaria".

Sebbene l'art. 702 quater si limiti a prevedere la sola appellabilità della decisione - in mancanza di espresse limitazioni sugli altri mezzi di impugnazione, non possono escludersi l'opposizione di terzo, né le impugnazioni straordinarie concesse alle parti (revocazione), né il regolamento di facoltativo di competenza, né infine il ricorso per cassazione omisso medio.

2. L'art. 702 quater non specifica le modalità con cui debba essere proposto l'appello.

Nel silenzio della legge sul punto, si deve tuttavia ritenere che l'atto introduttivo

combinato disposto degli artt. 702-ter e quater c.p.c., è quanto accade per l'ordinanza resa a conclusione del procedimento sommario di cognizione: l'ordinanza di accoglimento è appellabile ed altrimenti passa in giudicato; l'ordinanza di rigetto non passa in giudicato e non è per questo appellabile, ma la tutela del soccombente è affidata alla facoltà di riproporre la domanda, se del caso in via ordinaria".

²⁴ Come correttamente notato, peraltro, "l'esclusione della applicabilità della disciplina ordinaria dell'appello, e quindi l'eventuale soggezione del giudizio di impugnazione ad un rito speciale corrispondente a quello con cui è stata definita la causa di primo grado, richiede una specifica previsione, come negli articoli 433 ss. Cpc, e nel caso di specie tale previsione manca": Codice di Procedura Civile Commentato, sub art. 702 quater, diretto da C. Consolo, IV ed., Milano, 2010."

dell'appello debba assumere la forma della citazione²⁵ e quindi debba contenere i motivi di impugnazione e rispettare il termine di comparizione previsto dall'art. 342 cpc, ossia quello previsto dall'art. 163 bis cpc.

L'appello deve essere proposto, a pena di inammissibilità, nel termine di 30 gg. decorrenti dalla comunicazione o (alternativamente) dalla notificazione dell'ordinanza²⁶.

Ciò non esclude che qualora difetti sia la comunicazione che la notificazione dell'ordinanza, si verifichi l'applicabilità del termine lungo, di cui all'art. 327 c.p.c.²⁷

Secondo taluni²⁸, la domanda di inibitoria potrebbe essere introdotta, non solo deducendo il pregiudizio conseguente all'esecuzione dell'ordinanza di primo grado oltre che la gravità e la plausibile fondatezza dei motivi di gravame, ma, eventualmente pure evidenziando la lesione del diritto alla prova risentito, per effetto della (ritenuta errata) scelta processuale compiuta prime cure, di procedere in modo sommario, piuttosto che con rito a cognizione ordinaria.

3. L'ultimo periodo dell'art. 702 quater, attribuisce al presidente della corte giudicante il

25 Contra Scala, L'appello nel procedimento sommario di cognizione, 2010 (cit. in Comm. Al codice di procedura civile a cura di P. Cendon, Milano, 2012) che richiama la ultrattività del rito e la disciplina dettata per l'appello nel rito del lavoro (che dovrebbe assurgere a principio generale) con necessità di proposizione del ricorso.

Sul punto, tuttavia, vedasi C. App. Roma 2089/2011 che specificamente dichiara: *“difatti, l'art. 702-quater c.p.c., nel disciplinare il giudizio di impugnazione contro l'ordinanza resa all'esito del procedimento sommario di cognizione, non detta alcuna disposizione sul rito da applicare, il che comporta la soggezione del gravame alle regole ordinarie.*

26 Si nota come tale disposizione *“... (in deroga ai principi generali che valgono per la sentenza impugnabile: art. 285 e 326, comma 1 cpc) presuppone, rigorosamente, che tale provvedimento venga sempre “integralmente” comunicato dal cancelliere, ai sensi dell'art. 134, 2° comma cpc* (L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, Lezioni sul processo civile, II, Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi. Bologna V ed. 2011)

27 Contra: Volpino D., Il procedimento sommario di cognizione e la delega sulla riduzione e semplificazione dei riti in Il processo civile riformato, a cura di M. Taruffo, Bologna, 2011, il quale citando anche Menchini (vedi in bibliografia) ritiene che *“L'assenza di una specifica menzione induce ad escludere l'operatività del c.d. termine lungo semestrale stabilito dal novellato art. 327 cpc, ma da ciò non pare doversi necessariamente desumere che, in mancanza di comunicazione o notificazione la decisione non possa acquisire effetti di giudicato”*

28 Commentario al Codice di Procedura Civile, a cura di P. Cendon, Milano, 2012

potere di delegare l'assunzione (non l'ammissione²⁹) delle prove ad uno dei componenti del collegio, con ciò derogando al regime di stretta collegialità che, nell'appello ordinario, caratterizza il compimento di tale attività a norma degli artt. 350 e 356 cpc.

Ciò non esclude che – di regola - trattazione e decisioni siano collegiali (secondo la disciplina contenuta negli artt. 350 e 352 cpc), salvo la detta deroga espressa.

4.L'art. 702 quater non fa cenno alcuno ad eventuali limiti rispetto alla proponibilità di nuove domande in appello.

E' quindi pacificamente³⁰ ritenuta coerente con le caratteristiche dell'appello avverso l'ordinanza sommaria l'applicazione del divieto di nuove domande ed eccezioni non rilevabili di ufficio, previsto dall'art. 345 c.p.c .

Questa scelta sembra porsi in definitiva in sintonia con la configurazione e la ratio ispiratrice del procedimento sommario, istituto che non comporta alcuno sbarramento alla cognizione del giudicante né pone alcun limite oggettivo alla controversia.

Si deve sottolineare, in ordine al medesimo profilo, che apparirebbe una ingiustificata eccezione e contraddittorio nei confronti del generale sistema delle impugnazioni ritenere non operanti i limiti di cui è cenno nei confronti delle ordinanze rese all'esito del giudizio sommario, quando – al contrario - tale limite è espressamente contemplato dall'art. 345 cpc per il rito ordinario di cognizione.

5. Assolutamente inapplicabile all'art. 702 *quater* è il filtro di ammissibilità (art. 348 *bis*, art. 348 *ter* e art. 436 *bis* c.p.c.), ossia il nuovo istituto processuale in forza del quale l'appello è dichiarato inammissibile «quando non ha una ragionevole probabilità di

29 R. Caponi, in AA.VV. La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009, Torino, 2009

30 Contra G. Monteleone: *“In difetto di espresso divieto è da ritenere che siano ammesse nuove eccezioni, per cui nel procedimento qui considerato l'appello riacquista la fisionomia di un novum iudicium anche in virtù della possibile acquisizione di nuove risultanze istruttorie. La decadenza prevista dall'art. 702 bis per il processo di primo grado, essendo come tale di stretta interpretazione (art. 14 preleggi), non può ritenersi estesa al secondo grado”*. (G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, Vol. I, Padova, 2011)

essere accolto» .

Sul punto occorre fare proprie le conclusioni di chi³¹ sostiene che “La scelta si giustifica sia con la volontà del legislatore di favorire il più possibile il ricorso facoltativo all'utilizzo del procedimento sommario, in quanto ritenuto in grado di determinare l'accelerazione nella trattazione della controversia, sia con la consapevolezza dello stesso legislatore che, siccome nel caso di specie il procedimento di primo grado si è svolto in maniera deformalizzata e quindi sommaria e siccome – come detto – qui l'appello è funzionale alla sua trasformazione in processo a cognizione piena, occorre assicurare alle parti il massimo accesso al giudizio di appello a salvaguardia degli artt. 3, 24 e 111 Cost.”

Si può solo aggiungere, a conferma di quanto detto, che l'ammissibilità del filtro in appello al procedimento sommario potrebbe generare insormontabili difficoltà ed essere fonte di possibili ingiustizie soprattutto nell'ipotesi in cui motivo dell'impugnazione sia il mancato accoglimento di richieste istruttorie da parte del giudice di primo grado (con la correlativa mancata trasformazione del procedimento in rito ordinario).

6. L'originaria formulazione dell'art. 702 *quater* prevedeva che in appello «sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene *rilevanti* ai fini della decisione, ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile», mentre il nuovo intervento legislativo (art. 54 d.l. n. 83/2012) ha sostituito l'aggettivo «rilevanti» con quello «indispensabili».

La nozione di indispensabilità ha formato oggetto di notevoli sforzi ermeneutici, senza

31 Carratta A, vedi infra.

che però si sia giunti ad un risultato univoco³².

Sebbene sia intuitivo che il concetto di "indispensabilità" sia più restrittivo di quello di "rilevanza", è certo che, se per un verso, esso concreta l'intenzione di ridurre allo stretto inderogabile le integrazioni probatorie in appello, esso si pone a tutela e salvaguardia del diritto (presumibilmente) dell'appellante di fruire di un mezzo per sopperire a possibili carenze nell'istruttoria sommaria di primo grado.

Secondo la migliore dottrina³³, si tratterebbe di innovazione di particolare importanza, perchè la nozione "di «indispensabilità» sposta l'attenzione del giudice sull'opportunità (discrezionalmente esercitata) di ammettere il nuovo mezzo di prova o il nuovo documento per poter ribaltare (o meno) la decisione appellata".

In definitiva, continua la stessa dottrina " Il riferimento, di conseguenza, dovrà essere a quei mezzi di prova o documenti, non proposti nel giudizio di primo grado anche se le parti avrebbero potuto farlo, ma che al collegio appaiono *prima facie* «indispensabili ai fini della decisione» ovvero necessari per poter riformare o confermare l'ordinanza appellata".

7. Il giudizio di appello viene definito con sentenza collegiale, che si sostituisce all'ordinanza impugnata nei casi di conferma o di riforma che ha per oggetto il contenuto della pretesa sostanziale dedotta in giudizio e non l'operato del giudice, con la conseguenza che in tali casi il titolo esecutivo diviene proprio la sentenza di secondo grado (Cass. 27.3.09, n. 7537)³⁴.

32 G. Monteleone, op.cit., appendice di aggiornamento pg. 6 è critico sulla possibilità di distinguere tra le prove "rilevanti" e quelle "indispensabili".

33 Carratta A. Il procedimento sommario di cognizione, www.treccani.it

34 Codice di Procedura Civile Commentato, sub art. 702 quater, diretto da C. Consolo, IV ed., Milano, 2010.

I dubbi sorti circa l'applicabilità degli artt. 353 e 354 c.p.c. nel giudizio di appello sono stati agevolmente superati da chi ³⁵ ha rilevato che non solo non va trascurato che il legislatore, quando ha voluto escludere l'operatività della rimessione della causa al primo giudice, lo ha fatto esplicitamente (come avviene nel reclamo cautelare, art. 669 terdecies, 4° comma, c.p.c.), ma che si danno casi in cui l'errata decisione di primo grado, la cui riforma comporti la rimessione al primo giudice, ha impedito alla causa di incanalarsi nel solco del rito ordinario (tra i vari esempi portati dalla citata dottrina, l'ipotesi di errata estromissione di una parte, le cui difese avrebbero "complicato" la causa, rendendola incompatibile con la trattazione sommaria). In queste ipotesi, continua la citata dottrina, l'applicazione della rimessione al primo giudice avrebbe un valore aggiunto: non solo servirebbe a perseguire l'intento che ispira la disciplina di cui agli artt. 353 e 354, ma servirebbe anche a ripristinare le condizioni per una corretta valutazione circa l'idoneità della causa ad essere trattata con il rito sommario.

Bibliografia: oltre agli autori citati possono utilmente consultarsi M.A. Lupoi, Sommario (ma non troppo) in www.judicium.it; F.P. Luiso, Il procedimento sommario di cognizione in www.judicium.it; Bruno Capponi, Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.) in www.judicium.it; M. Bove, Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c. in www.judicium.it; Carratta A. Il nuovo procedimento sommario in Mandrioli C. - Carratta A., Come cambia il processo civile, Torino, 2009; Olivieri, Il procedimento sommario di cognizione (primissime brevi note) in www.judicium.it; R. Giordano, Procedimento sommario di cognizione in Il processo civile competitivo a curadi A. Didone, Torino, 2010; Demarchi, Il nuovo processo civile, Milano, 2009; Menchini, L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione, in www.judicium.it; Arieta G., Il rito semplificato di cognizione; Dittrich, Il nuovo procedimento sommario di cognizione in www.judicium.it.

35

C. M. Cea, L'appello nel processo sommario di cognizione in www.judicium.it

Segnalazioni editoriali

a cura della Libreria Guidoni

Viale Guidoni 18c, Firenze

Tel e fax 055-0500451



Tra le problematiche più incise, quelle relative ai rapporti tra diritto penale e CEDU, in specie con riferimento alla disciplina della decadenza dal diritto di voto per i detenuti (su cui è intervenuta la *Grande Camera EDU 22 maggio 2012, nel caso Scoppola n. 3*); ai rapporti tra diritto penale e diritto dell'Unione europea, con riferimento agli effetti limitativi nella disciplina delle scommesse sportive (*Corte di Giustizia, 16 febbraio 2012, nel caso Costa & Cifone*); alle tecniche di redazione del precetto penale e al principio di tassatività con riguardo alla nozione di "ingente quantità" di stupefacente ex art. 80, co. 2, d.P.R. 309 del 1990 (*Cass. pen., Sez. un., 20 settembre 2012, n. 36258*); ai rapporti tra interpretazione estensiva ed analogia, in particolare quanto alla riconducibilità all'art. 660 c.p. delle

molestie recate attraverso sistemi di telecomunicazione diversi dal telefono, alla configurabilità della tentata rapina impropria (Cass. pen., Sez. un., 12 settembre 2012, n. 34952) ed alla fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico (Cass. pen., Sez. un., 7 febbraio 2012, n. 4694); ai rapporti tra giudicato e principio di retroattività favorevole, in particolare alla possibilità che retroagiscano i mutamenti giurisprudenziali favorevoli (Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230); alla successione tra illecito penale e illecito amministrativo (Cass., Sez. un., 28 giugno 2012, n. 25457); quanto alla responsabilità degli enti, alla natura giuridica dei modelli organizzativi (Corte d'appello Milano, 21 marzo 2012, n. 1824) e alla possibilità di una costituzione di parte civile contro l'ente (su cui Corte di giustizia, 12 luglio 2012 C-79/11); alla causalità omissiva in caso di esposizione a sostanze tossiche (Trib. Torino, 13 febbraio 2012, intervenuta sul caso "Eternit"); alle recenti applicazioni del dolo eventuale nei settori dell'infortunistica del lavoro e dell'attività medica; in tema di circostanze, all'incostituzionalità del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata (Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251); quanto alle ipotesi di concorso apparente, ai rapporti tra ricettazione e illecito amministrativo di cui all'art. 1, co. 7, d.l. 35/2005 (Cass., Sez. un., 8 giugno 2012, n. 22225), tra i reati di cui all'art. 316-bis c.p. e l'art. 640-bis c.p., nonché tra fattispecie associative (Cass. pen., sez. V, 2 aprile 2012, n. 12252); quanto al concorso di persone, ai principi espressi in tema di concorso esterno in mafia da Cass., Sez. un., 24 aprile 2012, n.15727 nel caso Dell'Utri; alla questione della confisca del veicolo oggetto di un contratto di leasing (Cass. pen., Sez. un., 17 aprile 2012, n. 14484).

Per ciascuna delle tematiche trattate, inoltre, si è cercato di segnalare i molteplici profili problematici, assicurando una trattazione quanto più completa ed esaustiva.

Significative, infine, le novità normative di cui si dovuto dare conto.

È stata, in particolare, esaminata l'incidenza di due importanti riforme: la legge 6 novembre 2012, n.190 (c.d. "legge anticorruzione") e la legge 1 ottobre 2012, n. 172, recante "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno".





In questa quarta edizione, nel perseguire un obiettivo di costante perfezionamento, si sono apportate significative integrazioni nell'esposizione di diverse materie, anche di rilevanza nodale; del tutto rinnovata è inoltre la trattazione delle tematiche del consumatore, dell'azione di classe, della responsabilità medica, del «terzo contratto», della nullità, della responsabilità precontrattuale, dell'amministrazione di sostegno, dei diritti della personalità e della tutela del nascituro.

Si è inoltre dato conto di alcune recentissime novità giurisprudenziali (ad es. in tema di rilevazione di ufficio della nullità, di locazione di bene comune e di pegno di credito) senza perdere di vista il dibattito dottrinale e le numerose novità normative, tra cui spiccano le epocali riforme del condominio (legge 11 dicembre 2012, n. 220) e della filiazione (legge 10 dicembre 2012 n. 219).



La riforma del reato di bancarotta fraudolenta societaria (art. 4 D.lgs. 61/2002) ha rappresentato una tappa fondamentale nella materia dei reati fallimentari. Partendo da questo presupposto, il volume analizza, nella prima parte, l'inferenza problematica che esiste tra questo reato e quello di infedeltà patrimoniale, richiamato dall'art. 223, II° co., l.f., a cui la giurisprudenza ha sempre dato risposta negativa, determinando l'effetto

abrogans della bancarotta societaria da infedeltà patrimoniale. La seconda parte del lavoro è dedicata alla bancarotta cagionata per dolo o per effetto di operazioni dolose ex art. 223, II° co., n. 2, l.f., che, da fattispecie pressoché eccezionale, è diventata ordinaria formula di contestazione per la maggior parte delle bancarotte societarie. Si analizzano gli elementi comuni alle condotte previste dalla norma e quelli che le differenziano, per arrivare ad un concetto condiviso di elemento soggettivo della condotta e la sua riconduzione all'interno del dolo. L'analisi comprende l'esame di una variegata serie di casistiche concrete, utili per comprendere ed affrontare l'enorme varietà di condotte che possono rientrare nel concetto di operazioni dolose, gli approdi in merito della recente giurisprudenza, e i riflessi penali dei nuovi procedimenti di soluzione delle crisi d'impresa.



Il volume esamina le dinamiche e le criticità relative a fenomeni assai delicati e scottanti che vedono le donne e i minori vittime di violenze frequenti e aberranti che, nonostante tutti gli sforzi, sono ancora minimizzate, occultate. L'attenzione si concentra sia sulle vittime di reati violenti che sugli autori degli stessi attraverso un percorso intenzionalmente multidisciplinare che, partendo dagli aspetti normativi e giurisprudenziali, con esempi anche di alcuni clamorosi casi di cronaca (massacro del Circeo, strage di Erba, omicidio e stupro di Leno, stupro e stalking di Taurianova, delitto di Novi Ligure ecc.) relativi ai vari delitti di maggiore allarme sociale, ne sottolinea sia gli aspetti penalistici che criminologici. La trattazione, aggiornata alla recentissima Convenzione di Lanzarote, è arricchita anche da analisi di casi pratici, da dati statistici aggiornati e dalla più attuale giurisprudenza di legittimità, al fine di proporre al lettore una prospettiva approfondita dei fenomeni, unita ad un'esposizione completa e di comoda consultazione.



Due tomi (artt.1-746). Agg.: legge anticorruzione; C. Cost. 26/10/2012, n.237; L.1/10/2012, n.172

Il Codice, aggiornato alla legge anticorruzione, alla Corte cost. n. 237/2012 e alla legge 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale), non costituisce un aggiornamento del Codice del 2008, pubblicato in questa stessa collana, ma un'opera riprogettata per fornire all'avvocato e allo studioso del processo penale uno strumento indispensabile per la professione attraverso una analisi del fluire del diritto vivente e dei principi di civiltà giuridica che permeano le regole del processo penale moderno, nel confronto tra pronunce giurisprudenziali e opinioni dottrinali. Il commento, articolo per articolo, del Codice è preceduto da una retrospettiva giurisprudenziale e dottrina sulla l'articolo 111 della Costituzione e da una esauriva Rassegna sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, imprescindibile per gli operatori.

Febbraio 2013 - **Nuove frontiere del diritto**

Sito mensile gratuito telematico di diritto

Codice ISSN 2240-726X

Nuove frontiere del diritto non è un giornale registrato. Si intende, invece, come un sito che pubblica da gennaio 2013 contenuti i cui responsabili, in sede civile, penale ed amministrativa, sono il nuovo proprietario del dominio web e l'attuale gestione. Le singole posizioni (proprietario e gestori) sono precisate nel 'Chi siamo' del sito.