

**RASSEGNA GIURIDICA**  
a cura dell'Avvocatura della Città di Aosta

dirigente avvocato Valdo Azzoni

anno 2006 numero 2

Come i numeri precedenti, l'odierno lavoro si articola in tre sezioni.

La prima, dal titolo "**Sotto la lente di ingrandimento**", presenta uno scritto originale su un tema di particolare interesse per gli operatori e per i cittadini (nell'occasione è stato svolto un tema - "Riposo e rumore" - molto avvertito, anche a giudicare dalle cause insorte, dalla nostra comunità).

La seconda sezione, dal titolo "**Sentenze per noi**", reca alcune recenti decisioni degli organi di giustizia di immediato rilievo pratico per il funzionamento della complessa macchina amministrativa del Comune e anche, eventualmente, utili al bagaglio informativo del cittadino.

La terza, dal titolo "**Una disciplina sotto esame**", propone alcuni passaggi salienti di una normativa in vigore, offerti con il corredo di un commento affidato prevalentemente ad estratti da sentenze rese dai giudici di tutto il Paese (qui si parla delle indagini che i professionisti legali possono condurre personalmente, a fianco e in competizione con le classiche indagini di polizia giudiziaria e magistratura).

In tutti e tre i casi crediamo di offrire al lettore la possibilità di capire meglio la realtà pubblica e di avvicinarsi alle sue logiche, magari anche - ce lo auguriamo di cuore - di scoprire prospettive nuove di salvaguardia dei propri diritti.

**SOMMARIO**  
del numero 2/06

**SEZIONE PRIMA**

**SOTTO LALENTE DI INGRANDIMENTO**

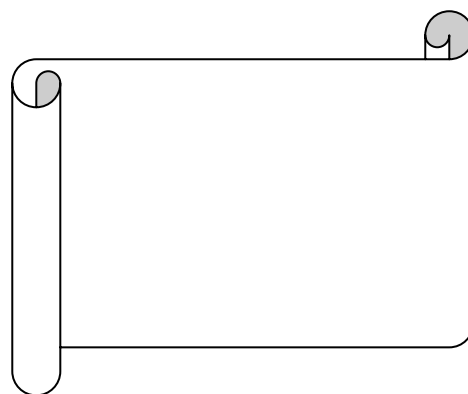
**RIPOSO E RUMORE**



**SEZIONE SECONDA**

**SENTENZE PER NOI**

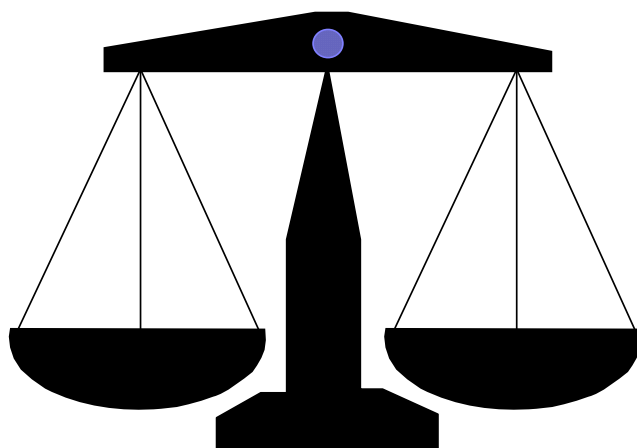
- I) TAR Lazio, I ter, sentenza n. 197 del 20 gennaio 2003;
- II) TAR Emilia Romagna - Bologna, I, sentenza n. 976 del 31 luglio 2002;
- III) TAR Emilia Romagna - Parma, sentenza n. 878 del 4 dicembre 2002;
- IV) TAR Lombardia - Milano, III, sentenza n. 3905 del 3 ottobre 2002;
- V) TAR Campania - Napoli, III, sentenza n. 4199 del 17 luglio 2002.



**SEZIONE TERZA**

**UNA DISCIPLINA SOTTO ESAME**

**LA LEGGE 7 DICEMBRE 2000 N. 397 SULLE  
INDAGINI**





## SEZIONE PRIMA

### SOTTO LALENTE DI INGRANDIMENTO

#### RIPOSO E RUMORE

E' indiscutibile il progressivo lievitare della sensibilità collettiva, perlomeno nel cuore di realtà sociali avanzate come la nostra, verso le problematiche di tipo ambientale, con sempre più diffusa e incisiva attenzione per le condizioni di esistenza delle persone, verso quella che più semplicemente si usa definire qualità della vita. E' in particolare aumentato l'interesse scientifico per quelle situazioni che - ben oltre il senso di disagio indotto e, come tali, di portata tutto sommato circoscritta - si traducono in fenomeni scatenanti di malattie nervose e organiche. Un approfondimento scientifico che negli ultimi decenni è andato crescendo nella considerazione che modalità sbagliate di approccio alle relazioni sociali non scivolano via come acqua di fonte ma sono in grado di minare le difese immunitarie dell'organismo e così di esporre la persona a rischi oggi forse neanche decifrabili in tutta la loro invasività.

Uno di questi momenti ambientali difficili da affrontare e più ancora da eliminare a causa del loro risalente radicamento nell'esperienza comune è l'inquinamento acustico, oggi molto più che in passato affrontato con norme specifiche e con una spiccata ostilità mentale, da parte dei corpi preposti alla loro applicazione, a dispiegare con la precedente bonaria tolleranza. Sul piano giudiziario, se si vuole fissare un ideale paletto storico a questa provvida inversione di tendenza, dobbiamo rifarci a quel monumentale pronunciamento - vero manifesto giuridico e sociale - che fu una sentenza del novembre 1990 del tribunale di Napoli, ove troviamo un dettagliato resoconto delle patologie prodotte da rumori smodati per intensità e/o per ubicazione spaziale e/o per collocazione temporale. In sintesi, nell'occasione il giudice napoletano stilava, a ragion veduta, un vero e proprio bilancio di guerra: dalla scompenzazione cardiaca e sanguigna allo sconvolgimento del metabolismo fino alle alterazioni renale e gastroenterica, episodi accompagnati da manifestazioni psichiche negative non altrettanto evidenziabili (o, quantomeno, non evidenziabili con la medesima immediata percezione quantitativa) quali il calo di attenzione, della concentrazione, della risposta alle sollecitazioni e, con essi, l'abbassamento dell'abituale griglia di riflessi. Un quadro allarmante che comunque, per quanto scientificamente documentabile negli esiti, esige pur sempre, in seno al nostro ordinamento sanzionatorio, per essere fatto oggetto di provvedimenti repressivi nei singoli casi da parte delle competenti autorità (amministrativa e giudiziaria), di parametri di riferimento - normativi quanto medici - di rigorosa certezza metodologica. Diversamente si contraddirebbe uno dei canoni fondamentali del sistema vigente, che vuole la condotta umana punita solo a causa della violazione di regole certe, chiare e precostituite nella forma di precetto legislativo (e non di altri strumenti normativi, come ad esempio i regolamenti, di rango più basso nella gerarchia delle fonti). E nell'attuale sistema italiano una su tutte è la norma sostanziale (per tale intendendo quello che fissa la liceità dei comportamenti e ne descrive le caratteristiche, approvandone alcuni aspetti e bandendone altri) cui guardare come punto di partenza per ogni riflessione al riguardo. Si tratta dell'art. 2 della legge 26 ottobre 1995 n. 447

("Legge quadro sull'inquinamento acustico", in G.U. n. 254 del 30 ottobre successivo) che, alla lettera a) del primo comma, identifica l'istituto di interesse nella

*"introduzione di rumore nell'ambiente abitativo o nell'ambiente esterno tale da provocare fastidio o disturbo al riposo ed alle attività umane, pericolo per la salute umana, deterioramento degli ecosistemi, dei beni materiali, dei monumenti, dell'ambiente abitativo o dell'ambiente esterno o tale da interferire con le legittime fruizioni degli ambienti stessi",*

salvo poi, all'articolo 10, enunciare varie forme di irregolarità amministrative ciascuna con una sua propria tipizzazione. A detta prima regola legislativa, organica e concentrata, se ne aggiungono altre di livello inferiore, due in particolare, introdotte entrambe con decretazione del Presidente del Consiglio dei Ministri: una del 1° marzo 1991 ("Limiti massimi di esposizione al rumore negli ambienti abitativi e nell'ambiente esterno", in G.U. n. 57 dell'8 marzo successivo) e una seconda del 14 novembre 1997 ("Determinazione dei valori limite delle sorgenti sonore", in G.U. n. 280 del 1° dicembre 1997), la quale ultima ha innovato profondamente la materia modificando espressamente numerosi passaggi della prima.

La norma che più da vicino attiene gli scopi dell'odierno discorso è comunque un'altra, quell'art. 659 codice penale da leggersi in combinato disposto con un'altra disposizione - l'art. 2059 codice civile - che, con coordinate invece generali, detta la nozione di danno non patrimoniale. Muovendo dalla norma penale, scopriamo che l'art. 659 ("Disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone") si scorpa in due diverse fattispecie, due titoli di diverso reato: quello del primo comma, che recita:

*"Chiunque, mediante schiamazzi o rumori, ovvero abusando di strumenti sonori o di segnalazioni acustiche, ovvero suscitando o non impedendo strepiti di animali, disturba le occupazioni o il riposo delle persone, ovvero gli spettacoli, i ritrovi o i trattenimenti pubblici, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a lire seicentomila";*

e quello del secondo comma, che a sua volta così dispone:

*"Si applica l'ammenda da lire duecentomila a un milione a chi esercita una professione o un mestiere rumoroso contro le disposizioni della legge o le prescrizioni dell'autorità".*

Alcune immediate puntualizzazioni d'indole tecnica. L'art. 659 c.p. è una norma penale e contempla una contravvenzione (appunto di tipo penale, non amministrativo): lo si deduce non tanto dal fatto che essa è contenuta in un corpo normativo definito codice penale, ma in ragione del tipo di punizione (arresto e/o ammenda, entrambi di tipo penale) che può essere inflitta solo dal giudice. Nell'ambito poi del codice penale, le contravvenzioni rappresentano solo una parte dei reati, cioè di tutti gli illeciti penali, dal momento che esistono anche i delitti, cioè i reati più gravi, tali non perché così appaiono alla transeunte sensibilità dei singoli cittadini, ma perché risultano puniti con pene specifiche più gravi, la reclusione e la multa. Si può pertanto affermare che il reato di disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone, così come individuato, descritto e sanzionato dall'art. 659 c.p., materializza una contravvenzione penale, la cui punizione è rimessa al giudice penale. Detto questo, occorre ricordare, a completamento dello scenario normativo, l'esistenza di un'altra norma con funzione repressiva, reperibile nell'art. 10, comma 2, della già citata legge n. 447/1995, la cosiddetta legge-quadro sull'inquinamento acustico, che così prevede:

*"Chiunque, nell'esercizio o nell'impiego di una sorgente fissa o mobile di emissioni sonore, supera i valori limite di emissione o di immissione di cui all'articolo 2, comma 1, lettere e) e f), fissati in conformità al disposto dell'articolo 3, comma 1, lettera a), è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire 1.000.000 a lire 10.000.000".*

Il problema consiste dunque nel tracciare gli esatti confini di ognuna delle tre disposizioni che, a fronte di un certo episodio storico, possono in astratto entrare in gioco e fra cui si tratta eventualmente di scegliere in sede di irrogazione della corretta punizione. Andiamo con ordine. La differenza fra le due ipotesi inserite nell'art. 659 c.p., rispettivamente al primo e al secondo comma,

è stata nel frattempo esaurientemente esplorata dall'autorità giudiziaria con una serie di pronunce, dalle quali è possibile trarre preziosi insegnamenti. Apprendiamo così (Cass., I, 21 giugno 2002 n. 24018 a fronte di un caso di colpi sparati da cannoncini spaventapasseri utilizzati nel corso di attività agricole, di per sé ritenute non rumorose) che

*"in tema di disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone, l'ipotesi del mestiere di per se stesso rumoroso va tenuta distinta da quella dell'uso, nel corso di qualsiasi attività, di mezzi rumorosi, giacché in quest'ultimo caso trova applicazione non il secondo, bensì il primo comma dell'art. 659 c.p., sempre che vi sia stato concreto disturbo al riposo e alle occupazioni delle persone".*

Come dire che, fra il primo e il secondo comma dell'art. 659 c.p., intercorre questa precisa differenza, che, se i rumori sono addebitabili, in quanto o direttamente prodotti o comunque non impediti, a chicchessia non nell'esercizio di un'attività di per sé non rumorosa, si rientra nell'ipotesi prevista e punita al primo comma; altrettanto se i rumori provengono dall'esercizio di un'attività gestita con procedure contrarie alle regole e agli ordini promanati al fine specifico di contenere gli effetti rumorosi. Coerente con questo assunto la decisione n. 16686 dell'8 aprile 2003 della Suprema Corte, I, che ha ritenuto responsabile della violazione del primo comma dell'art. 659 c.p. il gestore di un bar in correlazione ai

*"continui schiamazzi e rumori provocati dagli avventori dello stesso, con disturbo alle persone. Infatti la qualità di titolare della gestione dell'esercizio pubblico comporta l'assunzione dell'obbligo giuridico di controllare che la frequentazione del locale, da parte dei clienti, non sfoci in condotte contrastanti con le norme concernenti la polizia di sicurezza".*

Non di meno coerente con l'impostazione enunciata Cass., I, 14 giugno 2002 n. 23053 secondo la quale

*"l'esercizio di una sala giochi non può essere considerato mestiere intrinsecamente e necessariamente rumoroso".*

Si tratta ora di individuare il rapporto fra l'art. 659 c.p. e l'art. 10, comma 2, legge n. 447/1995. Risponde sempre la Suprema Corte (Cass., I, 19 dicembre n. 43202) statuendo che

*"il superamento dei valori limite di rumorosità, stabiliti per l'esercizio di una determinata attività produttiva, non dà luogo alla configurabilità del reato contravvenzionale di cui all'art. 659, primo comma, c.p., trovando esso la sua sanzione di natura amministrativa solo nell'art. 10, comma 2, della legge 447/1995, mentre resta applicabile il disposto di cui al secondo comma del citato art. 659 nel caso di violazione, nell'esercizio di professioni o mestieri rumorosi, di disposizioni o prescrizioni che non abbiano ad oggetto i limiti delle emissioni ed immissioni sonore come, per esempio, quelle concernenti gli orari consentiti, l'adozione di particolari accorgimenti e simili".*

Infatti, secondo Cass. 19 gennaio 2001 n. 443,

*"le due norme perseguono scopi diversi, mirando la prima [art. 659 c.p.] a sanzionare gli effetti negativi della rumorosità in funzione della tranquillità pubblica mentre l'altra [art. 10 legge n. 447/1995], essendo diretta unicamente a stabilire i limiti di rumorosità delle sorgenti sonore, oltre i quali deve ritenersi sussistente l'inquinamento acustico, prende in considerazione, per sanzionarlo in via amministrativa, solo il superamento di una certa soglia di rumorosità, indipendentemente dall'accertamento che sia stato arrecato o meno un effettivo disturbo alle persone".*

Altre pronunce rilevanti e utili alla comprensione dei diversi meccanismi punitivi possono essere le seguenti: Cass., I, 19 gennaio 2001 n. 443 per cui è riscontrabile

*"l'illecito (non depenalizzato) di cui all'art. 659, primo comma, c.p. nel caso di abituale diffusione, a mezzo di altoparlanti sistemati sul campanile di una chiesa, di rintocchi di campane e di altre emissioni sonore connesse allo svolgimento di funzioni religiose, con superamento dei limiti di accettabilità fissati dal D.P.C.M. 11 novembre 1997";*

Cass., III, 6 luglio 2001 n. 27366 per cui

*"a configurare il reato di cui all'art. 659 c.p. non è necessario che in concreto si siano lamentate più persone, essendo sufficiente che i rumori abbiano determinato una situazione tale, dal punto di vista oggettivo, da poter recare disturbo ad una pluralità di soggetti";*

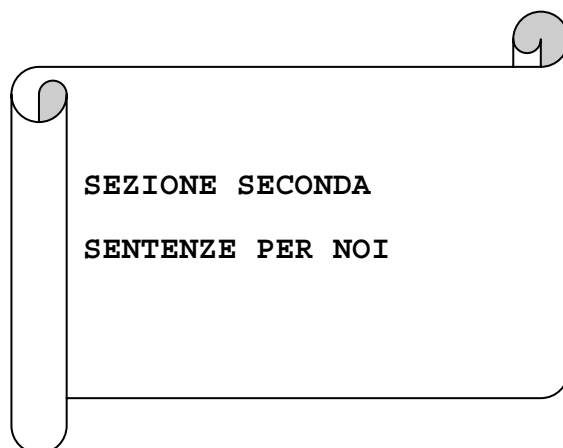
Cass., I, 4 febbraio 2000 n. 1394 per cui

*"ai fini della configurabilità della contravvenzione prevista dall'art. 659 c.p. è necessario che i lamentati rumori abbiano attitudine a propagarsi e a costituire un disturbo per una potenziale pluralità di persone, ancorché non tutte siano, poi, disturbate"*

(nella circostanza solo i vicini di casa erano raggiungibili dall'ululato di un cane domestico, ergo il giudice ha negato il ricorrere del reato).

Passando ai danni, c'è da chiedersi quali evenienze negative, insorgenti nelle persone colpite dal rumore eccessivo, sono suscettibili di ristoro. Va ricordato come, ai sensi dell'art. 2059 c.c. ("Danni non patrimoniali"), "il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge". Accanto al danno patrimoniale (cioè: arrecato al patrimonio) esiste un danno che in genere lo precede, appunto perché solo con l'avanzare del tempo si rende necessario l'intervento di un sanitario, con connesso onere finanziario. Oggi dunque il quadro sinottico dei danni risarcibili si compone del danno biologico, del danno morale e del danno esistenziale, cioè rispettivamente: 1) quello cagionato dalla lesione alla integrità psichica e fisica della persona, diagnosticata da un sanitario (art. 32 Cost.), 2) quello determinato dal turbamento dello stato d'animo della vittima; 3) quello infine causato dalla lesione di altri valori costituzionalmente sanciti sempre in capo alla vittima e che si estrinsecano nella variegata complessità delle relazioni di essa con l'esterno.

Qualche accenno, infine, alle modalità procedurali. Per le contravvenzioni è prevista la procedura d'ufficio, nel senso che non occorre una querela di parte ad opera di chi sostiene di essere stato danneggiato. E' pur vero che, ai fini della condanna, l'iniziativa privata è quanto mai opportuna, anzi da incoraggiare. I danni possono essere richiesti vuoi nel corso del successivo processo penale vuoi in un autonomo giudizio civile. Nel primo caso occorre la presentazione di un atto che ha nome costituzione di parte civile, il tutto ai sensi degli artt. 74 seguenti c.p.p.: la cosa però non vale se il contravventore sia stato ammesso, su sua richiesta, all'oblazione speciale perché in questo caso, vertendosi su contravvenzione punita con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, egli può essere ammesso a pagare, prima degli atti preliminari al dibattimento, una somma in denaro pari alla metà dell'importo massimo stabilito dalla legge (oltre alle spese del procedimento). In questa seconda ipotesi, appunto, il danneggiato ha a sua disposizione solo la strada del risarcimento dei danni in sede civile, con onere di prova a suo carico.



**I) TAR Lazio, I ter (presid. Tosti, relatore Visciola) sentenza n. 197 del 20 gennaio 2003 - P.A.M. contro regione Lazio (massima)**

L'accertamento della illegittimità dell'atto, operato dal giudice amministrativo in sede di giudizio di impugnazione, non esaurisce l'ambito di indagine sull'azione di risarcimento del danno da parte della pubblica amministrazione, dovendosi verificare la sussistenza di tutti gli elementi della fattispecie dell'illecito civile, e in particolare dell'elemento soggettivo (dolo o colpa); pertanto, è da escludere la responsabilità della pubblica amministrazione nel caso in cui la illegittimità dell'atto emanato si fondi su una norma di difficile interpretazione, in merito alla quale non si sia ancora formata giurisprudenza

e

**II) TAR Emilia Romagna - Bologna, I (presid. Perricone, relatore Spiezia) sentenza n. 976 del 31 luglio 2002 - M.S. più altri contro Capitaneria di porto di Rimini più altri (massima)**

Il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica e costante dell'annullamento di un atto in sede giurisdizionale, ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge; pertanto, oltre alla lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento ("danno ingiusto"), è indispensabile che siano accertate la colpa (o il dolo) dell'amministrazione e l'esistenza di un danno al patrimonio con nesso causale tra l'illecito e il danno subito

*Commento. Si torna al tasto dolente della responsabilità per danni della pubblica amministrazione. Tema (e insieme preoccupazione) che è come esploso l'indomani della pubblicazione della famosa sentenza n. 500/1999 delle sezioni unite della Cassazione. Decisione, quest'ultima, che ha fatto sì che anche i danni prodotti da lesione di interessi legittimi (e non solo quelli cagionati dalla lesione di diritti soggettivi) fossero rivendicabili dal privato fatto oggetto di un atto amministrativo illegittimo. Mi è stata notificata un'ordinanza di demolizione di un muro da me eretto? Sono riuscito a farla annullare dal giudice amministrativo in via definitiva? Bene, prima di quel cambiamento di indirizzo della giurisprudenza disposto dalle sezioni unite, non avevo alcuna freccia al mio arco; dopo di allora, posso chiedere i danni (beninteso qualora danni si siano registrati, e l'onere di provarne l'esistenza è tutto a mio carico).*

*Ma è sufficiente l'equazione: annullamento dell'atto per violazione di legge = maturazione di un danno? Alla domanda - davvero inquietante, dopo quella estate del 1999 così disastrosa per i pubblici dipendenti - va risposto di no.*

*L'automatismo dell'equazione non regge. Occorre che all'annullamento dell'atto per illegittimità, sancito dal giudice amministrativo (cioè per violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza*

*relativa), si aggiunga qualcosa. E quel qualcosa l'avevano già indicato le sezioni unite della Cassazione nel rovesciare le conclusioni raggiunte in precedenza.*

**III) TAR Emilia Romagna - Parma (presid. Ciccio, relatore Di Benedetto) sentenza n. 878 del 4 dicembre 2002 - C.C.C. contro Azienda ospedaliera...più altri (massima)**

In tema di appalto di opere pubbliche, al fine di ritenere sussistenti gli estremi del controllo tra imprese previsto dall'art. 2359 codice civile, tale da comportare l'esclusione delle imprese collegate, occorre che uno stesso soggetto ricopra incarichi decisionali in entrambe le società, o, quanto meno, che vi siano elementi precisi e concordanti concernenti non meri elementi formali di presentazione delle offerte, bensì aspetti sostanziali attinenti il contenuto delle offerte e quindi la possibilità di influire, attraverso il detto comportamento, sull'esito della gara

*Commento. Nella circostanza concreta portata al suo vaglio, il giudice ha escluso che l'esistenza di un unico centro motore, di una sola mente decisionale per due imprese concorrenti alla medesima gara - situazione che intuitivamente precluderebbe la partecipazione e all'una e all'altra, a causa delle inframmettenze sospette e della possibilità di condizionamenti del risultato complessivo della procedura di selezione - possa essere dedotta da alcuni dati storici, da alcuni elementi fattuali come quelli riscontrati in corso di causa, riconducibili a ben tre ricorrenze significative: il legame di parentela intercorrente fra i due direttori tecnici delle altrettante imprese sotto esame, l'ubicazione nello stesso edificio della sede di entrambe le ditte e infine le modalità scritturali con le quali le due offerte erano state redatte.*

*Come si vede, la questione è assai delicata, soprattutto in considerazione della posta in palio, perché - a fronte di una norma precettiva come quella richiamata nella sentenza, cioè l'art. 2359 codice civile che recita: "Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. / Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi. / Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa" e che, come tale, conferisce un largo spazio interpretativo al giudice del caso concreto - la sensibilità dell'organo giudicante (la sua impostazione, il suo sentire sociale, lo stesso costume invalso nel luogo in cui opera) diventa l'ago della bilancia nel dipanare vicende che, pur percorse dal medesimo filo conduttore, fatalmente si atteggiano sempre con caratteri di originalità e si sottraggono così alla rigorosa regola ermeneutica del precedente (che comunque non costituisce un vincolo tecnico per le magistrature del nostro paese).*

*Da ricordare, con riferimento alle gare d'appalto, che il divieto di copartecipazione, stabilito a carico di imprese controllanti e controllate, ha ricevuto una diversa lettura nel corso del tempo.*

**IV) TAR Lombardia - Milano, III (presid. Mosconi, relatore Proietti) sentenza n. 3905 del 3 ottobre 2002 - Società P. contro Comune di Buscate più altri (massima)**

Ai sensi dell'art. 10, comma 1 quater, legge 11 febbraio 1994 n. 109 (cosiddetta Merloni 1), il termine per comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richiesti dal bando di gara per l'aggiudicazione di un appalto di lavori

pubblici, presentando la documentazione indicata nel bando medesimo ovvero nella lettera d'invito, ha natura perentoria; pertanto, sono legittime l'automatica esclusione dalla gara e l'applicazione di misure sanzionatorie disposte al suo decorso per ragioni di speditezza del procedimento e per scongiurare l'influenza delle offerte irregolari sulla fase di determinazione della soglia di anomalia

*Commento. Una decisione che, dando loro puntuale applicazione, congloba e amalgama due principi già incontrati in questa sezione della nostra Rassegna. Il primo è quello della perentorietà dei termini, così come fissati nel bando di gara, utili alla produzione, da parte degli imprenditori partecipanti, della documentazione utile a comprovare il possesso dei requisiti essenziali. Abbiamo già avuto modo di osservare, in uno scritto apparso nella sezione "Sotto la lente di ingrandimento", che tendenzialmente il nostro ordinamento privilegia l'ordinarietà (e non la perentorietà) delle scadenze, tanto più quelle stabilite non dalla legge ma dalle parti (o da una di esse in posizione autoritativa). E questo in base al principio della libertà delle forme, valido anche in campo processuale (v. l'art. 156 codice di procedura civile), che - con spirito moderno e dinamico - consente, laddove nulla sia diversamente disposto dalla legge, di perseguire un qualsiasi obiettivo, di assolvere a una qualsiasi condizione nel modo più snello e discrezionale purché inequivocabilmente e funzionalmente utile allo scopo. A fronte di questa regola - che appartiene ad un filone di pensiero che potremmo definire, con un termine brutto ma attuale ed efficace, di deregulation, e che non nasce oggi ma presenta risalenti radici nel nostro sistema giuridico - ne esiste un'altra, andatasi affermando con il tempo per merito degli operatori sul campo e successivamente accolta con favore dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Questa seconda regola vuole, in considerazione dell'alto interesse sottostante le procedure relative, che la pubblica amministrazione possa statuire termini vincolanti (appunto perentori, la cui inosservanza comporta cioè la decadenza, la irrecuperabilità della situazione) in base ad una scelta che si sottrae a qualsiasi censura da parte del giudice amministrativo (se non per palese irragionevolezza, come, ad esempio, se la stazione appaltante ordinasse un termine, per la presentazione delle offerte, così ristretto da impedire alla stragrande maggioranza delle ditte anche solo di prendere conoscenza degli atti in gara).*

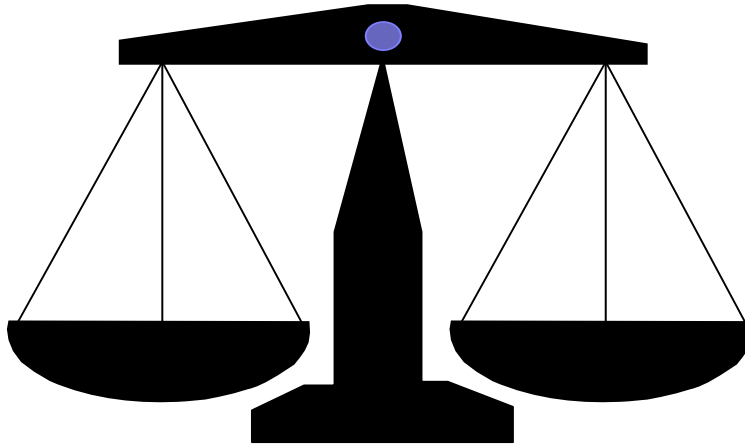
#### **V) TAR Campania - Napoli, III (presid. De Leo, relatore Ferone) sentenza n. 4199 del 17 luglio 2002 - C.G. contro regione Campania (massima)**

La mancata designazione del responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 4 legge 7 agosto 1990 n. 241, non comporta l'invalidità dell'atto, ma implica soltanto che il funzionario preposto all'unità organizzativa è considerato responsabile del singolo procedimento ai sensi del successivo art. 5

*Commento. L'enunciazione obbligatoria tanto dell'ufficio (unità organizzativa) detentore degli atti di ogni singola procedura tanto delle generalità del funzionario che di quella procedura è incaricato deve essere letta come un importante successo dei fautori della massima trasparenza della condotta dell'apparato pubblico agli occhi della gente, cioè nei confronti dell'universo generalizzato dei destinatari del servizio. Non a caso la relativa prescrizione è contenuta, all'art. 5, comma 3, all'interno di una legge - la n. 241 del 7 agosto 1990 - che, dedicata all'ideale del comodo accesso agli atti amministrativi, ha introdotto numerosi altri punti fermi nel cuore dei rapporti fra mano pubblica e cittadini. Ulteriori valori che a quello qui fotografato fanno da coerente cornice: dall'obbligo della motivazione del provvedimento (art.3) all'obbligo di assicurare al soggetto interessato personale conoscenza dell'avvio di ogni procedimento che lo può riguardare, favorevolmente o meno (art. 7); dall'obbligo di concludere sempre le procedure con un atto scritto che rimanga agli atti (art. 2, comma 1) all'obbligo di farlo entro un lasso predeterminato di tempo (art. 2, comma 2). Sapere con precisione a quale ufficio rivolgersi dove*

*ricevere informazioni e chiarimenti, se del caso ottenendo di estrarre copia di materiale utile per ulteriori riflessioni da sottoporre alla stessa amministrazione in vista di un ripensamento o di una più completa e attenta conclusione della procedura; apprendere chi è il funzionario depositario della pratica, con il quale eventualmente confrontarsi, tutte queste modalità operative avvicinano il nostro sistema giuridico al principio costituzionale che vuole "i pubblici impiegati al servizio esclusivo della nazione".*

*L'eventuale mancanza, nel corpo del provvedimento, dell'indicazione cui accenna la sentenza in rassegna non comporta però la nullità dell'intero atto, come ricordato dalla stessa decisione. Da tale mancanza, infatti, la procedura non è né interrotta né tantomeno travolta - come viceversa succede per altre componenti essenziali del provvedimento pubblico, quali ad esempio la motivazione, la redazione per iscritto, la comunicazione personale - ma il rimedio è per così dire interno: la titolarità e quindi la responsabilità appartengono al vertice (funzionario, dirigente) dell'unità operativa che svolge il servizio.*



### SEZIONE TERZA

#### UNA DISCIPLINA SOTTO ESAME

## LA LEGGE 7 DICEMBRE 2000 N. 397 SULLE INDAGINI DIFENSIVE

Una legge piuttosto recente ma non al punto da non avere già ricevuto numerosi commenti da parte degli studiosi e attente valutazioni da parte dell'autorità giudiziaria. Parlo della legge 7 dicembre 2000 n. 397, dedicata alle "indagini difensive" e profondamente innovativa perché con essa sono stati introdotti numerosi strumenti di indagine di cui, in precedenza, i difensori degli imputati erano radicalmente sprovvisti. Un altro, importante passo verso quel "giusto processo" oggi sancito dalla stessa carta costituzionale, in particolare verso il riequilibrio delle posizioni fra le parti a confronto nel processo penale: da una parte, appunto l'imputato e la sua difesa e, dall'altra, la pubblica accusa e la polizia giudiziaria che ne dipende.

Con la riforma i difensori legali (così come i loro sostituti e gli investigatori privati autorizzati nonché, in certi casi, i consulenti tecnici di fiducia) sono stati ammessi a condurre indagini con significativi margini di autonomia rispetto al magistrato inquirente, ben potendo oggi assumere informazioni presso terzi secondo una variegata gamma di modalità. Terzi che l'esperienza ha dimostrato possono identificarsi, addirittura con una certa frequenza, negli operatori delle pubbliche amministrazioni, ai quali è persino diretta - come dirò meglio fra breve - una disposizione ad hoc, l'art. 391-*quater* del codice di procedura penale.

Nella sintesi che segue ho cercato di riprodurre le principali eventualità, le più significative modalità procedurali e gli essenziali diritti-doveri che rispettivamente potrebbero verificarsi, delinearsi e incombere su coloro che lavorano nell'interesse della giustizia.

Punto di partenza della novella, vera chiave di volta dell'intero nuovo sistema, è l'attività investigativa del difensore, che può essere svolta fin da subito, cioè fin "dal momento dell'incarico professionale [purché] risultante da atto scritto". Si tratta di "investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito", che - in luogo del citato difensore - possono anche essere condotte, su suo incarico: 1) da un sostituto pur sempre qualificato professionalmente all'esercizio dell'attività forense; ovvero 2) da un investigatore privato abilitato; o infine 3) da un consulente tecnico (art. 327-*bis* c.p.p., di nuova introduzione). Soggetti tutti, quelli citati, espressamente sollevati dall'obbligo di denuncia di reati emergenti nel corso di simili vicende (art. 334-*bis* c.p.p., anch'esso di nuova introduzione), con la conseguenza che gli operatori pubblici, che a loro volta venissero a conoscenza di estremi di reato, in quanto non esclusi dal vincolo di denuncia, ad essa sarebbero evidentemente tenuti.

Secondo la legge n. 397/2000, tutte le persone informate dei fatti oggetto di indagine penale (anzi, anche prima che l'indagine sia aperta) sono tenute a mettersi a disposizione dei legali (o dei loro sostituti o collaboratori) secondo le modalità e nel rispetto delle procedure riportate dalla legge stessa: proprio come, prima dell'entrata in vigore di essa, dovevano (e ancora oggi debbono) fare con il pubblico ministero e con le altre funzioni inquirenti. Unica eccezione è costituita da coloro che non possono essere in assoluto chiamati a testimoniare secondo l'art. 197 c.p.p., cioè, a grandi linee, i coimputati; gli imputati di reato collegato; i responsabili civili e le persone civilmente obbligate per la pena pecuniaria; i giudici e i loro ausiliari. Come dicevo, l'indagine potrebbe anche non essere stata ancora avviata. La disposizione legislativa ha infatti portata estensiva: l'attività investigativa ammessa, che apre al difensore le prerogative in esame, è pure quella svolta dal "difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale" (art. 391-*nonies* c.p.p.). Una sorta di indagine preventiva, insomma.

Alcune modalità procedurali si rivelano di particolare interesse. Prima di tutto sussiste la proibizione per il difensore di pretendere (e il correlativo diritto del terzo di rifiutare di rilasciare) "informazioni sulle domande formulate o sulle risposte date" dalla persona già sentita dal Pubblico Ministero o dalla polizia giudiziaria (art. 391-*bis*, comma 4, c.p.p.). Vale però anche il contrario, perché "alle persone già sentite dal difensore o dal suo sostituto non possono essere chieste [dal P.M. o dalla polizia giudiziaria] informazioni sulle domande formulate e sulle risposte date" (art. 362, comma 1, in fine, c.p.p.).

Nel caso in cui cose di rilievo per le indagini siano sequestrate nel luogo in cui si trovano (uffici, magazzini, depositi, locali, archivi), non può essere ostacolato l'accesso del difensore per l'esame di dette cose, con o senza estrazione di copie, laddove si tratti di documenti, di copie (art. 366, comma 1, ultimo periodo, c.p.p.), salvo il potere del P.M. di bloccare l'accesso per un periodo che non può eccedere i trenta giorni. Occorre però - e sarà bene vagliare attentamente la circostanza - che un apposito, motivato decreto sia stato emanato dal magistrato inquirente (art. 366, comma 2, c.p.p. nella versione emendata). Più in generale le professionalità ammesse (ripeto: avvocati, consulenti tecnici, investigatori privati) possono svolgere accessi ai luoghi di interesse ai fini delle indagini (luoghi di proprietà privata come pubblica) per prenderne visione o per eseguire rilievi. In circostanze del genere è nella loro facoltà ("possono" e non "debbono" dice la legge) redigere un verbale contenente l'enunciazione di alcuni dati utili indicati dall'art. 391-*sexies* c.p.p., fra cui spiccano le "generalità delle persone intervenute" (cioè dei responsabili dei beni visitati) e la "sottoscrizione delle persone intervenute".

In base al nuovo testo dell'art. 391-*bis* c.p.p., il contatto fra difensore e "persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa" può risolversi in tre forme alternative: a) un "colloquio non documentato"; b) una "dichiarazione scritta"; c) il rilascio di "informazioni", da raccogliere con una particolare sequenza di atti. In tutte e tre le eventualità, comunque, il difensore deve formulare alcuni chiarimenti e alcune ammonizioni preliminari, mancando le quali "le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte non possono essere utilizzate" (e il professionista compirebbe un illecito disciplinare per cui finirebbe addirittura denunciato). Per rendere corretta la procedura, il professionista legale deve, prima di tutto, qualificarsi come tale e insieme qualificare le ragioni dell'incontro, chiarendo altresì quale delle tre formule sta espletando, e illustrando nei particolari al suo interlocutore le modalità della specifica procedura di acquisizione dei dati che si accinge a intraprendere. Deve poi invitare la persona a puntualizzare se - a quanto le risulta - essa è sottoposta ad indagini o se è imputata nel medesimo procedimento connesso o per un reato collegato (in questo caso si innesca una procedura particolare, con l'intervento del difensore della persona sentita). Come terzo momento, il legale deve enunciare le responsabilità penali conseguenti a dichiarazioni false e ricordare il divieto, già sopra accennato, di rivelare il tenore delle domande già rivolte dagli inquirenti e delle risposte nell'occasione fornite.

E' a questo punto fondamentale sottolineare un aspetto che può condizionare tutto lo sviluppo successivo del processo. La persona coinvolta, infatti, non ha nessun obbligo di rispondere: la legge le riconosce infatti - e l'avvocato ha anche qui un espresso obbligo di ricordarglielo - la "facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione". In altri termini, se risposta è data, dev'essere

veritiera; se risposta non è data, non scattano immediate sanzioni, ma un'altra misura, quella per cui il Pubblico Ministero, su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione (questa volta però alla presenza, oltre che del difensore istante, del P.M. precedente), audizione che va fissata entro sette giorni dalla richiesta medesima. Ad ogni buon conto, va anche ricordato che il delitto di rilascio di dichiarazioni false espone alla reclusione fino a quattro anni (art. 371-*ter* c.p.), mentre, per la rivelazione di dati segreti, di cui subito dirò, è comminata la reclusione fino a un anno (art. 379-*bis* c.p.).

Non solo. Il legale ha l'obbligo di interrompere l'assunzione di informazioni allorché, a carico della persona sentita, emergano indizi di reità. E ancora: in questa ipotesi, anche le "precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese".

L'acquisizione a verbale di informazioni e di dichiarazioni si svolge a sua volta tramite una particolare procedura. Innanzi tutto occorre che le une e le altre siano sottoscritte da chi le rilascia e che detta sottoscrizione sia autenticata dal difensore che la riceve. Quest'ultimo è tenuto a stilare in calce una relazione accompagnatoria da cui emergano i seguenti elementi: la data dell'assunzione; le generalità proprie e quelle del dichiarante; la ricognizione degli avvertimenti rivolti e delle precisazioni preliminari fatte; la descrizione della natura dei fatti su cui verte la dichiarazione.

Già ho detto che il portavoce dell'accusa, il Pubblico Ministero, ben può, adottando un apposito decreto motivato, "segretare" (cioè ordinare che siano coperte dalla inviolabilità, almeno per il momento) le operazioni in corso. L'ordine si traduce nel divieto, per le persone sentite, di "comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza" (art. 391-*quinquies* c.p.p.). La proibizione riguarda sia il contenuto delle informazioni sia il fatto stesso che la persona sia detentrica di informazioni e non può durare più di due mesi. La sua eventuale, indebita violazione, come da monito individuale espresso dallo stesso P.M., comporta l'infrazione delle sanzioni penali che ho citato sopra.

Una disposizione di particolare rilevanza per quanti operano all'interno di un ente territoriale come il Comune o la Regione (e ovviamente altrettanto vale per quanti operano all'esterno, ma in contatto con loro) è l'art. 391-*quater* c.p.p. ("Richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione"), che così recita: "Ai fini delle indagini difensive, il difensore può chiedere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e di estrarne copia a sue spese./L'istanza deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o lo detiene stabilmente./In caso di rifiuto da parte della pubblica amministrazione si applicano le disposizioni degli articoli 367 e 368 [c.p.p.]".

Si tratta di una norma che ne ricalca un'altra, quella - molto più risalente nel tempo - fissata nella celebre legge 7 agosto 1990 n. 241 ("Nuove norme in materia di diritto amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", in G.U. n. 192 del 18 agosto 1990) all'art. 26, i cui commi 4 e 5 prevedono in via generale - in caso di richiesta di accesso agli atti amministrativi che sia stata respinta dall'autorità amministrativa: e la risposta deve intendersi negativa se non viene data nei trenta giorni dalla richiesta - che il richiedente possa presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale nel termine di trenta giorni e che la decisione del giudice amministrativo sopraggiunga in tempi molto ristretti.

Tornando all'art. 391-*quater* c.p.p., osserviamo come l'innovazione non sia saliente nei primi due commi, limitandosi, con il primo, a costituire anche nel patrono difensore (come già nel privato interessato, suo cliente) il diritto all'accesso e all'estrazione di copie, e, con il secondo, a disporre l'estensione di tale facoltà non solo ai documenti formati da quella pubblica amministrazione ma anche ad eventuali altri che risultino comunque depositati e giacenti presso i suoi uffici. La novità significativa la scopriamo nell'ultimo capoverso perché, in caso di rifiuto (espresso o tacito) opposto dalla mano pubblica, il difensore insoddisfatto ben può rivolgersi al Pubblico Ministero e, tramite suo, al giudice per le indagini preliminari e quindi, in forza di un ordine dell'autorità giudiziaria, ottenere la consegna (beninteso se spettante).