

RASSEGNA GIURIDICA
a cura dell'Avvocatura della Città di Aosta
autore e responsabile avvocato Valdo Azzoni

anno 2007 numero 1

Come i numeri precedenti, il presente lavoro si articola in tre sezioni che vogliono rispettivamente presentare: la prima, dal titolo "**Sotto la lente di ingrandimento**", uno scritto originale su un tema di particolare interesse per gli operatori e per i cittadini; la seconda, dal titolo "**Sentenze per noi**", alcune recenti decisioni degli organi di giustizia di immediato rilievo pratico per il funzionamento della complessa macchina amministrativa del Comune; la terza, dal titolo "**Una disciplina sotto esame**", alcuni passaggi salienti di una normativa in vigore, proposti con il corredo di un commento affidato prevalentemente ad estratti da sentenze rese dai giudici di tutto il Paese. In tutti e tre i casi crediamo di offrire al lettore la possibilità di capire meglio la realtà comunale 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 1/07

SEZIONE PRIMA

SOTTO LALENTE DI INGRANDIMENTO

**LA RESPONSABILITA' PER DANNI DELLE
PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**

di Valdo Azzoni

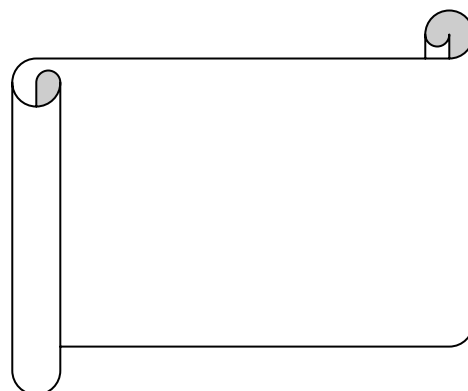


SEZIONE SECONDA

SENTENZE PER NOI

- I) Consiglio di Stato, IV, sentenza n. 2520 del 27 aprile 2004;
- II) Consiglio di Stato, V, sentenza n. 2694 del 4 maggio 2004;
- III) TAR Valle d'Aosta, sentenza n. 81 del 14 luglio 2004;
- IV) Consiglio di Stato, IV, sentenza n. 616 del 17 febbraio 2004;
- V) Consiglio di Stato, VI, sentenza n. 324 del 2 febbraio 2004;
- VI) Consiglio di Stato, III, parere n. 458/2003 del 4 novembre 2003.

selezione e commenti di Valdo Azzoni
(ha collaborato il dr. Angelo Oberto)

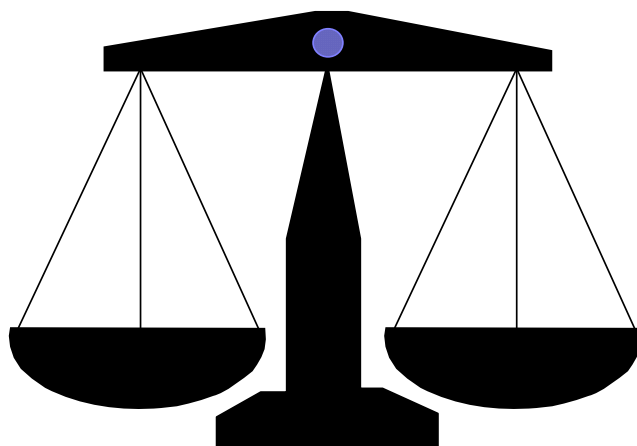


SEZIONE TERZA

UNA DISCIPLINA SOTTO ESAME

LA NORMATIVA SUI REATI DI OPINIONE

di Valdo Azzoni





SEZIONE PRIMA

SOTTO LALENTE DI INGRANDIMENTO

LA RESPONSABILITA' PER DANNI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Da alcuni anni, da quando cioè è stata pubblicata una certa sentenza (la n. 500 del 22 luglio 1999 emanata dalle Sezioni Unite della Cassazione), uno spettro aleggia sulla vita quotidiana delle amministrazioni pubbliche italiane ed è il rischio di responsabilità amministrativa per lesione di interessi legittimi. Parole altisonanti per intendere una realtà in fondo semplice. Semplice soprattutto se, nell'illustrarla, partiamo da lontano.

La prima distinzione necessaria è quella fra diritti soggettivi e interessi legittimi: una classificazione invero essenziale perché addirittura è in sua funzione che, almeno di norma, cambia il giudice competente, quello ordinario nel primo caso e quello amministrativo nel secondo. Quando la pubblica amministrazione agisce in condizione di parità con il terzo (per lo più il privato) - e non a caso in questi casi si dice che *iure privatorum utitur*, cioè usa del diritto dei privati - nella controparte si ingenera una tutela diretta, tale appunto perché paritaria; quando invece la posizione del privato è garantita attraverso la tutela della corretta applicazione delle regole che presiedono alle singole procedure amministrative, allora, stando al nostro ordinamento, il primo interesse degno di protezione è individuato appunto nella regolarità dell'iter procedurale, a prescindere dai benefici che dal ripristino di tale infrazione il privato o i privati interessati possono ricavare; ebbene, qui si materializza una situazione giuridica meno pregnante per il privato rispetto al diritto soggettivo pieno: detta situazione ha nome interesse legittimo. Un duplice esempio chiarirà il concetto. Se, nel corso della costruzione di una strada, le maestranze del Comune sfondassero la cancellata di un terreno confinante, non ci sarebbe nulla di difforme rispetto alle comuni dispute fra privati, cosicché la parte lesa potrebbe e dovrebbe rivolgersi al giudice ordinario per ottenere la soddisfazione di un suo diritto soggettivo, la proprietà, compromessa nella circostanza. Se invece il candidato ad un pubblico concorso dovesse essere escluso da una prova in forza di una procedura irregolare (ad esempio: la prova orale non è durata quel tempo minimo previsto nel bando e d'altro canto l'anomalia non è stata motivata nel verbale neppure con una annotazione di eccezionalità), allora la legge vuole che sia garantita in primo luogo la correttezza di tale procedura, coerente con il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), e che solo in secondo luogo ottenga soddisfazione l'aspirazione del privato ad essere trattato secondo legge. In questo secondo caso si usa dire che la posizione giuridica del singolo è derubricata da diritto soggettivo a mero interesse legittimo.

Su questo scenario ecco fare la sua apparizione, appunto nell'estate 1999, la sentenza n. 500/1999 della Suprema Corte. Essa, muovendo dal tenore dell'art. 2043 codice civile ("Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno"), ha colto il nucleo centrale della norma nella nozione di "danno", del quale la legge prevede la risarcibilità allorché si colori di "ingiustizia"; ha anche concluso che, per materializzarsi, l'ingiustizia deve essere "contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante", il tutto a prescindere dalla qualificazione formale delle posizioni dei privati di volta in volta incise ("ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo").

Qui, appunto, la rivoluzione. L'ente pubblico - lo Stato, le regioni, i comuni ecc. - risponde, rifondendo i danni, non solo, come capitava prima, nel caso in cui ad essere inciso sia un diritto soggettivo pieno (nell'esempio fatto sopra, la proprietà della cancellata divelta nel corso dei lavori), ma anche nel caso in cui il pregiudizio del privato derivi dalla incisione di un interesse legittimo (sempre seguendo l'esempio, l'illegittima esclusione da un pubblico concorso).

Da quanto sopra non discende però la "indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale", nel senso che non è affatto detto che, allorché sia accertata la lesione di un interesse legittimo - e cioè per il semplice fatto che sia stata verificata detta lesione - il risarcimento è imposto come dovuto. E' vero invece - è sempre la sentenza a parlare - che "potrà pervenirsi al risarcimento del danno soltanto se l'attività legittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento". In altri termini - proseguono i giudici della legittimità - la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che "risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della pubblica amministrazione, l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo". La sentenza delle Sezioni Unite va più in là e, a beneficio di interpreti e operatori, predispone addirittura una sorta di memorandum comportamentale, cioè un elenco scalettato di compiti (con sottostanti criteri) ai quali, nel vagliare il merito della pretesa e dunque nel determinare l'entità del danno causato dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica, deve predisporre il giudice di merito. Questi, per risolversi a riconoscere il titolo alla rifusione, è tenuto a svolgere nell'ordine le seguenti indagini:

- 1) accertamento della sussistenza dell'evento dannoso;
- 2) verifica dell'ingiustizia del danno, da ricollegare, come già accennato, ad un "interesse rilevante per l'ordinamento che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo (assoluto o relativo), ovvero nelle forme dell'interesse legittimo (quando, cioè, questo risulti funzionale alla protezione di un determinato bene che rileva ai fini in esame), o altro interesse (non elevato ad oggetto di immediata tutela, ma) giuridicamente rilevante (in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori, e quindi non riconducibili a mero interesse di fatto";
- 3) presa d'atto della connessione di causa-effetto fra evento dannoso e condotta (positiva, cioè commissiva; oppure negativa, cioè omissiva) degli esecutori appartenenti alla pubblica amministrazione;
- 4) accertamento dell'imputabilità della responsabilità dell'evento in capo alla pubblica amministrazione, cioè riconduzione di essa a dolo o a colpa.

A tale proposito, la Corte ricorda che le indagini vanno effettuate tenendo ben fermo che "la colpa (unitamente al dolo) costituisce componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.; e non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe in re ipsa nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questa Corte [di Cassazione] con riferimento all'ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c., non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo".

Da qui l'affermazione dell'importante principio per cui "l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base nel mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della pubblica amministrazione intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali

l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità".

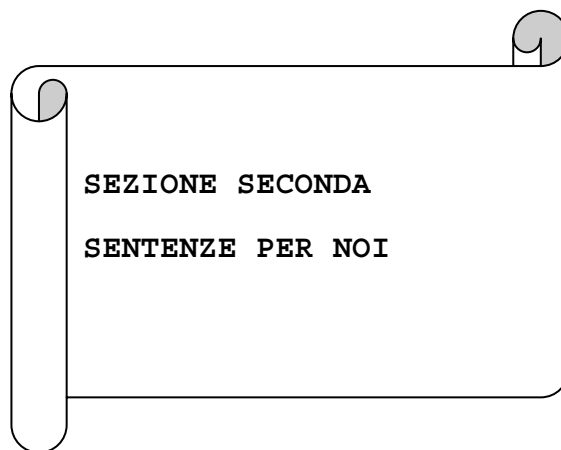
Approfondiamo i quattro aspetti citati, che corrispondono ad altrettanti requisiti per la risarcibilità del danno da comportamento delle pubbliche amministrazioni, in base all'orientamento espresso, sui diversi punti, dai giudici di merito in questi anni successivi all'adozione del nuovo indirizzo sposato dalla Cassazione.

In primo luogo deve sussistere un danno. Secondo TAR Puglia - Lecce, I, 22 aprile 2003 n. 2580 "deve essere respinta la domanda di risarcimento del danno che non sia accompagnata dalla dimostrazione dell'effettivo danno patrimoniale subito e del nesso eziologico con i provvedimenti illegittimi annullati in sede giudiziale". Più in generale, tocca a colui che afferma, cioè a chi ritiene di essere stato danneggiato, di "provare tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento (danno, nesso di causalità, colpa) per illecito commesso dalla pubblica amministrazione" (Cons. Stato, VI, 12 marzo 2004 n. 1261 e 19 novembre 2003 n. 7473; così anche TAR Calabria - Reggio Calabria 19 maggio 2004 n. 412, TAR Emilia Romagna - Parma 29 aprile 2004 n. 193, TAR Sardegna, I, 23 marzo 2004 n. 432, TAR Puglia - Lecce, I, 3 aprile 2002 n. 1473, TAR Calabria - Catanzaro, II, 12 novembre 2001 n. 1663). Più puntuale ancora TAR Lazio, II bis, 8 marzo 2002 n. 1871, che afferma come "anche nel processo amministrativo, per il principio dell'onere della prova, la domanda di risarcimento del danno deve essere fondata su una puntuale quantificazione e congrua dimostrazione del danno conseguente alla illegittimità dell'atto annullato in sede giurisdizionale, risarcimento peraltro escluso allorché permanga il potere rinnovatorio della pubblica amministrazione". Così anche TAR Basilicata 27 marzo 2002 n. 283 secondo il quale "va rigettata la pretesa risarcitoria che difetta di una precisa dimostrazione degli elementi che devono sostenerla, quali, in particolare, la colpa dell'amministrazione - intesa quale violazione dei principi di correttezza, imparzialità e buona amministrazione - e la dimostrazione dell'effettivo pregiudizio patrimoniale e del nesso eziologico con i provvedimenti di cui si assume l'illegittimità" (conforme TAR Molise 12 marzo 2002 n. 185).

Ha poi trovato conferma la regola per cui, di per sé, "l'adozione di un atto amministrativo [riconosciuto in sede giudiziale come] illegittimo non giustifica l'istanza di risarcimento, non comportando sempre necessariamente la violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione e, quindi, una vera e propria colpa da parte dell'autorità emanante" (TAR Puglia - Lecce, I, 7 giugno 2002 n. 2037). Tanto meno è stata giudicata ammissibile una richiesta risarcitoria per lesione di interessi legittimi che si assuma trovi radicamento nel comportamento complessivo dell'amministrazione (TAR Toscana, III, 27 maggio 2003 n. 2070). E' vero che, per ottenere il sospirato risarcimento, il soggetto che lo richiede deve dimostrare il suo presupposto; è vero cioè che occorre che "sia stato tempestivamente impugnato il provvedimento illegittimo e sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, essendo necessario e vincolante, in sede di decisione sulla domanda risarcitoria, un previo e contestuale accertamento circa l'illegittimità dell'atto, operato dal giudice amministrativo in sede di giudizio d'impugnazione" (TAR Basilicata 17 ottobre 2003 n. 994; conformi TAR Puglia - Bari, I, 8 aprile 2004 n. 1769, TAR Puglia - Lecce, I, 19 febbraio 2004 n. 1312, TAR Toscana, II, 3 febbraio 2004 n. 246, Cons. Stato, V, 23 maggio 2003 n. 2792), ma tutto ciò non basta, perché "l'annullamento di un atto amministrativo non è di per sé sufficiente a fondare una domanda risarcitoria, essendo per contro necessario che, tra l'annullamento e il fatto dannoso che ne è la conseguenza, sussista un nesso di causalità" (Cons. Stato, IV, 31 maggio 2003 n. 3020. Conformi TAR Basilicata 24 novembre 2003 n. 1017 e TAR Umbria 8 agosto 2003 n. 649). L'accertamento dell'illegittimità è insomma "presupposto necessario, ma non sufficiente per la configurazione di una responsabilità, costituendo ulteriore passaggio necessario e progressivo la prova dell'esistenza di un danno, che deve essere fornita dall'interessato" (TAR Basilicata 5 aprile 2004 n. 286 e 14 novembre 2002 n. 795). Tanto più che, nella fattispecie concreta, possono ricorrere "particolari circostanze (equivocità o contraddittorietà della normativa di riferimento, contrastanti orientamenti giurisprudenziali, novità delle questioni) che abbiano contribuito in misura determinante a condizionare negativamente l'operato dell'amministrazione" (TAR Calabria - Catanzaro, I, 24 dicembre 2001 n. 2522).

Quanto all'elemento soggettivo (dolo o colpa) che deve sempre accompagnare la condotta della mano pubblica, "al fine dell'accoglimento della domanda risarcitoria per equivalente [cioè con rifusione di una somma di denaro], si impone l'accertamento della colpa ovvero del dolo da parte della [rectius in capo alla] pubblica amministrazione nonché l'esistenza di un nesso causale fra l'illecito e il danno subito [dal terzo privato]" (TAR Veneto, I, 5 giugno 2002 n. 2492; così pure TAR Campania - Salerno, I, 18 maggio 2004 n. 402, TAR Puglia - Bari, I, 3 febbraio 2004 n. 390, TAR Lazio, II ter, 6 febbraio 2004 n. 1144, TAR Piemonte, I, 23 novembre 2002 n. 1974, TAR Abruzzo - L'Aquila 27 gennaio 2003 n. 12, TAR Puglia - Lecce, II bis, 19 ottobre 2002 n. 8909 e TAR Sicilia - Catania, I, 25 novembre 2002 n. 2261).

di Valdo Azzoni



I) Consiglio di Stato, IV (presid. Riccio, relatore Carinci) sentenza n. 2520 del 27 aprile 2004 – Comune di Frosinone contro il Commissario ad acta A. M. e contro la regione Lazio

F A T T O.

Con ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo di Latina, il Comune di Frosinone ha impugnato, denunciandone l'illegittimità, le delibere del Commissario ad acta n. 7 del 24 aprile 1992, di adozione del primo programma pluriennale di attuazione, e n. 48 del 22 ottobre 1992, di controdeduzione alle osservazioni formulate e di definitiva approvazione.

Il Tribunale amministrativo ha ritenuto il gravame inammissibile, osservando che trattavasi dell'impugnazione di atti emessi dal Commissario ad acta nominato dalla Regione, direttamente imputabili al Comune, che si rivelava, quindi, non legittimato a impugnarli.

Il Comune di Frosinone non ha condiviso la decisione e ha interposto appello con atto notificato in data 5/29 luglio 2003, depositato il 29 del successivo mese di settembre. Nel gravame ha dedotto i seguenti motivi.

1) Il Commissario ad acta non ha agito come organo del Comune, ma della Regione, cui spettano le funzioni costituzionali legislative ed amministrative in materia urbanistica. Invero il potere sostitutivo non trova, nella generalità dei casi, la propria fonte nell'art. 130 della Costituzione, ma nei precedenti artt. 117 e 118, che attribuiscono alla Regione funzioni legislative e amministrative in materia urbanistica e, correlativamente, la competenza all'adozione degli strumenti urbanistici. Ai fini dell'imputazione formale, il Commissario ad acta ha quindi agito nella qualità di organo della Regione e non del Comune, donde la rilevanza esterna, rispetto a quest'ultimo, degli atti oggetto d'impugnazione e il possesso da parte dello stesso della legittimazione ad agire, con conseguente ammissibilità del ricorso in primo grado.

2) Il Comune ha poi richiamato tutte le censure sollevate in primo grado, riproponendole in questa sede nei termini appresso sintetizzati.

- Il programma approvato dal Commissario ad acta non contiene tutte le indicazioni previste dall'art. 3 della legge regionale n. 35 del 28 luglio 1978.
- L'elaborato non è corredato degli atti concernenti lo stato di attuazione dello strumento urbanistico generale e manca l'individuazione ...

... OMISSIS ...

Si è costituita la regione Lazio, la quale chiede il rigetto dell'appello e la conferma dell'impugnata decisione, osservando, in particolare, che il Commissario ad acta è stato nominato dalla regione in sostituzione dell'organo competente ad adottare lo strumento urbanistico in questione. Il Commissario ha cioè assunto la veste di un organo straordinario e temporaneo del Comune, al quale vanno quindi imputati i relativi atti, in quanto volti a disciplinare interessi pubblici a esso pertinenti. All'udienza del 16 dicembre 2003 la causa è stata assegnata in decisione.

DIRITTO.

Come esposto in narrativa, il Comune di Frosinone ha impugnato la decisione con la quale il Tribunale amministrativo di Latina ha ritenuto inammissibile il ricorso che l'Ente aveva proposto avverso l'approvazione in via sostitutiva, da parte del Commissario ad acta nominato dalla Regione, del primo programma pluriennale di attuazione dello strumento urbanistico comunale. Il Tribunale ha ritenuto che gli atti impugnati erano direttamente imputabili all'Ente comunale, che si rivelava pertanto non legittimato a impugnarli, donde la decisione di inammissibilità.

L'appellante, dopo aver ricordato che la Regione possiede attribuzioni legislative e amministrative in materia urbanistica, come previsto dagli art. 117 e 118 della Costituzione, sostiene che, in virtù appunto di tali attribuzioni, gli atti emanati dal Commissario *ad acta* non possono che essere formalmente imputati alla Regione, di cui lo stesso Commissario costituisce organo straordinario. Il che dimostrerebbe la rilevanza esterna degli atti stessi, rispetto al Comune, e il conseguente possesso da parte di questo della legittimazione ad agire, donde l'erroneità dell'impugnata sentenza. Le censure si appalesano infondate.

Sulla questione, in realtà, non esiste un univoco indirizzo giurisprudenziale. In particolare, in un caso concernente la procedura di rilascio di una concessione edilizia, è stato ritenuto che la relazione che s'instaura tra il Commissario nominato per l'adozione degli atti e il Comune è di carattere intersoggettivo e non interorganico. Sulla base di tale osservazione è stata riconosciuta la possibilità dell'impugnazione da parte di quest'ultimo degli atti emanati in via sostitutiva dal primo (Cons. St., Sez. V, n. 1332 del 6.10.1999).

La decisione è però rimasta piuttosto isolata e il Collegio ritiene di seguire la prevalente giurisprudenza che condivide la tesi opposta. (Sez. VI, 16/10/2002, n. 5647; Sez. IV, 22/6/2000, n. 3536; Sez. IV, 8/6/2000, n. 3280).

Non va messo in dubbio che nel vigente ordinamento, l'imputazione di un interesse ad un Ente pubblico avviene attraverso l'attribuzione di concreti poteri, idonei a consentirne la cura anche mercè l'attivazione degli strumenti di tutela in via d'azione e per la difesa della sfera di competenze. Né va revocato in dubbio che l'attività che viene esercitata dal plesso organizzatorio "Regione – Comitato regionale di controllo" trovi collegamento con le previsioni dell'art. 130 della Costituzione.

Nel caso in esame non può, però, trascurarsi che gli atti impugnati in primo grado sono stati posti in essere dal Commissario ad acta appositamente nominato dalla Regione Lazio, su decisione del Comitato regionale di controllo sugli atti degli Enti locali. Ciò è avvenuto perché il Comune di Frosinone si era reso inadempiente in ordine all'approvazione del programma pluriennale di attuazione, atto di specifica competenza comunale, secondo le esplicite statuizioni dettate dall'art. 1 della legge regionale 28 luglio 1978, n. 35, e il richiamo alle previsioni dell'art. 13 della legge 28 gennaio 1977, n. 10. Trattasi, quindi, dell'adozione di atti rispetto ai quali l'attivazione degli strumenti di tutela per la difesa della propria sfera di competenze – cui il Comune fa particolare richiamo – poteva essere esercitata semmai, dallo stesso ente, nei confronti degli atti con cui era stato provveduto alla nomina del Commissario ad acta e all'assegnazione della specifica funzione, in quanto determinazioni riferibili all'esercizio dell'attività del controllo sostitutivo. Non più nei confronti degli atti emanati successivamente dal Commissario.

E' chiaro, infatti, che il Commissario ad acta è intervenuto a colmare una lacuna dell'azione comunale non riconducibile ad alcun altro soggetto, sicché è indubbio che la posizione dallo stesso rivestita sia proprio quella di un organo comunale, sia pure di natura straordinaria. Il suo rapporto con il Comune è stato, quindi, di carattere interorganico, e non intersoggettivo. Correttamente, perciò, il giudice primo grado ha ritenuto inammissibile l'impugnativa, non riconoscendo al Comune la legittimazione a impugnare atti appartenenti alla propria sfera di competenza.

Il commissario ad acta, in effetti, non è stato chiamato a svolgere attività dell'Amministrazione di controllo, ma, in aderenza al potere che gli era stato conferito, si è limitato ad esercitare, in via sostitutiva, le specifiche competenze che la legge attribuisce direttamente all'ente comunale.

E' utile richiamare, a tal proposito, quanto già affermato da questa stessa Sezione, secondo cui l'attività della Regione, nell'ambito dell'esercizio dell'attività di controllo sostitutivo degli enti locali, si esaurisce nell'atto stesso della nomina del Commissario ad acta e nell'individuazione delle

funzioni da svolgere in luogo dell'Ente inadempiente, atteso che il Commissario non svolge alcuna attività propria dell'Amministrazione di controllo, ma è chiamato a esercitare il potere che dalla legge è stato attribuito all'ente sostituito che si è reso inadempiente (Cons. St., Sez. IV, n. 3536 del 22.6.2000).

Invero i provvedimenti emanati da un commissario ad acta sono imputabili direttamente ed esclusivamente all'Amministrazione sostituita. Al riguardo è stato precisato che gli atti posti in essere dal commissario ad acta, insediato in un Comune in virtù del controllo sostitutivo da parte dell'organo tutorio regionale sono, nei riguardi dei terzi, atti propri del Comune a tutti gli effetti, sostanziali e processuali (Cons. Stato, V Sez., 8 luglio 1995 n. 1034).

In ragione delle su esposte considerazioni il Comune appellante si appalesa, quindi, realmente privo di legittimazione per instaurare validamente la controversia in esame, per cui correttamente il giudice di primo grado ha ritenuto inammissibile l'impugnativa con sentenza che merita di essere qui confermata.

La conferma della decisione di inammissibilità pronunciata dal giudice di prime cure determina l'assorbimento di tutte le ulteriori censure riproposte in questa sede.

Le spese del giudizio seguono la regola generale della soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

Commento. La sentenza ripropone una vexata quaestio, relativa a quale veste giuridica assuma il commissario ad acta nominato dall'ente regione e chiamato a sostituire l'ente comune che non ha provveduto nei termini di legge ad adottare gli strumenti urbanistici per la propria città. A ben vedere, l'individuazione del ruolo del commissario non attiene ad aspetti meramente formalistici, ma presenta implicazioni sostanziali e processuali, quali appunto rispettivamente l'imputazione degli atti emanati e la legittimazione dell'organo che può stare in giudizio o che può validamente instaurare una controversia.

E' stato affermato che al commissario ad acta "fanno capo gli interessi pubblici sostanziali inerenti il governo del territorio costitutivo dell'ente locale; pertanto, unico soggetto legittimato passivo nei confronti della impugnativa della decisione negativa di controllo della delibera concernente la variante al regolamento edilizio e al programma di fabbricazione è il Comune, in persona del Sindaco pro tempore" (Consiglio di Stato, IV, sentenza n. 3280 dell'8 giugno 2000).

La decisione del giudice di appello dell'aprile 2004 coglie invece un caso di legittimazione attiva, esamina cioè la possibilità o meno da parte di un comune di impugnare davanti al giudice amministrativo il provvedimento del commissario che ha agito proprio "ad substituendum" nei confronti dello stesso comune. Non che sul punto la giurisprudenza fosse stata sempre concorde. Infatti – come ricordato dallo stesso collegio giudicante – in precedenza il medesimo Consiglio di Stato era andato di diverso avviso (v. sentenze Sez. V, n. 1034 dell'8 luglio 1995 e n. 1332 del 6 ottobre 1999): aveva cioè ammesso la possibilità di impugnazione da parte dell'ente territoriale, ritenendo – con la seconda delle due sentenze appena citate – che "la relazione che si instaura tra il commissario ed il comune sostituito è di natura intersoggettiva e non interorganica, sicché il comune stesso è legittimato a ricorrere contro gli atti del sostituto". E ancora: "quando il commissario interviene in luogo di un organo comunale del tutto privo di legittimazione, si avverte un'esigenza primaria di effettuare la sostituzione per assicurare il funzionamento della struttura organizzativa dell'ente: il commissario interviene per colmare una lacuna nel suo operato, che altrimenti non potrebbe ricondursi ad alcun organo attivo. Sicché è ragionevole che l'attività del commissario venga qualificata come espletata da un organo comunale, sia pure straordinario. Quando, invece, la competenza del commissario è fin da principio circoscritta al compimento di un atto determinato, per un verso l'autorità comunale conserva, in termini generali, la titolarità dei suoi poteri e, per l'altro verso, il commissario conserva un legame più diretto con l'autorità di vigilanza che l'ha nominato. In conclusione, il commissario ... è titolare di una competenza autonoma, esercitata in proprio, che trae origine dall'atto di nomina, per il filtro della previsione normativa (in senso conforme, anche se con riferimento alla diversa legge della regione ... , v. anche Cons. Stato, IV Sez., 23 aprile 1982 n. 304). Questo potere si attua in un rapporto intersoggettivo con il Comune sostituito, salvo produrre, nei confronti dei terzi, i medesimi effetti

che avrebbe prodotto il provvedimento comunale: sicché, mentre, nei confronti dei terzi, l'atto del commissario può essere considerato alla stessa stregua dell'atto comunale, nei confronti del Comune l'atto rimane espressione di un potere esercitato da un centro di competenze autonomo ed il Comune è legittimato ad impugnarlo, contestandone la legittimità. Del resto, se così non fosse, si aprirebbe una lacuna, in violazione del principio di legalità e di buon andamento; verrebbe indebolita l'eventualità di un sindacato di legittimità su quelle scelte e su quelle particolari modalità dell'intervento commissariale che attengono ai limiti legislativi della sua azione e che incidono sulle permanenti competenze comunali. L'aver affermato l'autonomia della competenza, oltretutto, non significa necessariamente negare il potere di autotutela del Comune”.

Conclusioni, queste testé riportate - del 6 ottobre 1999 (come anche quelle dell'8 luglio 1995) - di segno diametralmente opposte alle altre del 27 aprile 2004, a cui sono pervenuti i giudici di palazzo Spada, seppure appartenenti a differenti sezioni. Sarebbe perciò auspicabile un intervento sull'argomento da parte dell'Adunanza Plenaria, affinché si faccia chiarezza e non si pongano gli operatori in stato di incertezza. Per quel che può valere, a nostro avviso, è da condividere la sentenza più recente, vuoi perché sostenuta da giurisprudenza prevalente, vuoi perché – e questo ci sembra essere il punto nodale – il commissario straordinario incide direttamente, col suo concreto operato, nel tessuto amministrativo e nella sfera giuridica dell'ente territoriale, lasciando un tangibile segno, anche in relazione ad implicazioni future, quali appunto quelle relative ad un diverso assetto urbanistico del territorio, destinate a fissare regole durature. In sostanza, riteniamo che non bisogna porre mente a chi nomina il commissario e quindi da ciò desumere che lo stesso conserva un legame diretto con l'organo esterno nominante, tale da identificarsi con quest'ultimo. Non vi è dubbio, ad esempio, che il funzionario “ad acta”, nominato dal giudice per l'ottemperanza di una sentenza riguardante una pubblica amministrazione, non appartiene ai ruoli giudiziari; tant'è che le competenze economiche, spettanti allo stesso funzionario per l'incarico svolto, sono poste a carico dell'ente locale. Ci sembra, invece, più coerente e convincente guardare alla funzione svolta (attenersi cioè al cosiddetto criterio funzionale), ossia a quel complesso di attività che in via sostitutiva devono essere poste in essere dal sostituto, chiamato a svolgere tipiche incombenze che l'ordinamento detta in capo al comune.

II) Consiglio di Stato, V (presid. Frascione, relatore Cerreto) sentenza n. 2694 del 4 maggio 2004 - Società G. contro Comune di B.

FATTO. Con il primo appello, il Comune di B. ha fatto presente che ...

Con il secondo appello, la Società G. (ora G. C.) ha fatto presente che il giudice di appello, con ordinanza n. ..., aveva respinto l'istanza cautelare proposta dal Comune nel primo appello, per cui decideva di riesaminare la richiesta di concessione edilizia da parte della Società, che però respingeva nuovamente con provvedimento n. ... del ..., ritenendo che trattavasi di proposta di intervento su area asservita al comprensorio denominato E. eccedente volumetricamente dagli indici di fabbricabilità fondiaria prescritti dall'art. 50 delle Norme Tecniche di Attuazione del P. R. G. per la zona B2; che, per effetto del livello di saturazione edificatoria raggiunto, l'intervento contrastava altresì con i disposti dell'art. 20 N.T.A.-utilizzo degli indici; che la Società impuntava anche tale diniego, ma il TAR, con la sentenza n. ... lo respingeva.

Ha quindi dedotto:

...omissis...

- il provvedimento di diniego era illegittimo anche perché adottato da organo incompetente, in quanto sottoscritto dall'Assessore all'urbanistica mentre doveva essere adottato dal Dirigente del competente settore ai sensi dell'art. 51 L. 8.6.1990 n. 142, come modificato dall'art. 6 L. 15.5.1997 n.127, tanto più che non era stato preceduto dalla proposta del responsabile del procedimento ai sensi dell'art. 4 L. n.493/1993. Né poteva condividersi il rilievo del TAR sull'asserito difetto di interesse alla censura di incompetenza in relazione al carattere vincolato del provvedimento di diniego, in quanto in tal modo il giudice veniva ad invadere la sfera di attribuzioni riservata alla pubblica amministrazione con violazione dell'interesse strumentale fatto valere al riesame della

situazione.

Costituitosi in giudizio, il Comune ha chiesto il rigetto del secondo appello, rilevando in particolare che l'eventuale difetto di competenza non rilevava dato il carattere vincolato del provvedimento di diniego e comunque la competenza dell'Assessore si giustificava in quanto l'atto costituiva un vero e proprio procedimento di riesame indotto dalla sentenza del TAR e dal rigetto in sede di appello dell'istanza cautelare proposta dal Comune per cui doveva ritenersi corretto il riferimento alle norme vigenti alla data della sentenza del TAR n. ..., anteriore all'entrata in vigore della L. 15.5.1997 n.127, che all'art.6 aveva attribuito al Dirigente la competenza al rilascio della concessione edilizia.

Entrambe le parti hanno presentato memoria conclusiva.

Alla pubblica udienza del ..., i ricorsi in epigrafe sono passati in decisione.

DIRITTO

1. ...omissis...

2. Ha carattere pregiudiziale l'esame del secondo appello, che ha per oggetto il provvedimento in data ..., sottoscritto dall'Assessore all'edilizia per il Sindaco, il quale aveva negato nuovamente alla Società la concessione edilizia richiesta sulla base di un approfondito riesame della situazione...

3. Il secondo appello va accolto.

Va condiviso il vizio di incompetenza del Sindaco (e per sua delega dell'Assessore), dovendo essere adottato il nuovo provvedimento di diniego dal Dirigente responsabile del relativo settore, ai sensi dell'art. 51 L. 8.6.1990 n. 142, come modificato dall'art. 6 L. 15.5.1997 n.127.

3.1. Sulla questione non può essere seguito l'avviso del TAR di difetto di interesse alla censura di incompetenza in relazione al carattere vincolato del provvedimento di diniego di concessione edilizia che porterebbe, in caso di impugnativa di un atto sostanzialmente corretto adottato da autorità incompetente, alla riproduzione dell'identico atto da parte dell'autorità ritenuta competente dal giudice.

Occorre considerare che il giudizio relativo al rilascio o meno del titolo edificatorio ha carattere impugnatorio in relazione alla posizione di interesse legittimo rivestita dal richiedente e rientra nell'ordinaria giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo (V. la decisione di questa Sezione n. 790 del 15.2.2001). Con la conseguenza che in tale giudizio, diversamente da quanto avviene per quelli di accertamento di situazioni di diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva (ove non valgono le regole sull'emanazione degli atti amministrativi: V. le decisioni di questa Sezione n.857 del 10.12.1990 e n. 766 del 22.6.1996), rilevano oltre alla violazione di legge ed all'eccesso di potere anche il vizio di incompetenza, ai sensi dell'art. 26 R. D. 26.6.1924 n. n.1054, confermato per quanto concerne il vizio di incompetenza, dall'art. 26, 2° comma, della L. 6.12.1971 n.1034, a prescindere dal carattere vincolato o meno del relativo provvedimento.

Anzi, è pacifico il principio, da cui il Collegio non ha motivi per discostarsi, in base al quale l'accoglimento del vizio di incompetenza comporta l'assorbimento degli ulteriori vizi dedotti, attesa la priorità con la quale va esaminata tale censura (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. IV n.310 del 12.3.1996 e n. 4214 del 1°8.2001; sez. V n.787 del 6.12.1988), salvo che non siano stati impugnati anche altri atti connessi, ipotesi quest'ultima nella specie non ricorrente.

3.2. ...omissis...

3.3. Né può essere messa in discussione la competenza dei dirigenti rispetto agli atti di gestione degli Enti locali, anche con riferimento ai provvedimenti di rilascio delle concessione edilizia, a seguito dell'art.6, 2° comma, L. n.127/97. Detta disposizione, nel sostituire l'art. 51 L. n.142/90, ha direttamente attribuito ai Dirigenti, tra l'altro, i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni anche di natura discrezionale (V. le decisioni di questa Sezione n. 5833 del 25.11.2001 e n. 7632 del 21.11.2203).

L'Attribuzione diretta ai Dirigenti degli Enti locali dei compiti di gestione in base alle menzionate disposizioni, anche in mancanza di specifiche norme statutarie o regolamentari, sebbene sia stata recentemente messa in dubbio (V. la decisione di questa Sezione n. 3717 del 23.6.2003), appare confermata dall'art. 53, comma 23°, L. 23.12.2000 n. 388, come modificato dall'art. 29 L. 28.12.2001 n.448, che ha consentito unicamente agli Enti locali con popolazione inferiore ai 5.000

abitanti di adottare, al fine di operare un contenimento della spesa (da documentare ogni anno), disposizioni regolamentari organizzative per attribuire ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi nonché il potere di adottare anche atti di natura tecnica gestionale.

3.4. Ne discende che, pur dovendosi rilevare la consistenza delle argomentazioni addotte nel provvedimento di diniego del 1997 (come del resto ritenuto dalla sentenza del TAR n. ...), deve essere accolta la doglianza di incompetenza, con assorbimento delle altre censure.

4. ...omissis...

5. Per quanto considerato, il secondo appello va accolto mentre va dichiarato improcedibile il primo.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Commento. La sentenza, riportata per ampi stralci, è di indubbio interesse perché rivisita in senso critico una precedente decisione della stessa Quinta Sezione del Consiglio di Stato (n. 3717 del 23 giugno 2003), secondo cui l'art. 51, comma 3, legge 8 giugno 1990 n. 142, nel testo integrato dall'art. 2 legge 16 giugno 1998 n. 191 - a norma del quale spettano ai dirigenti i provvedimenti di vigilanza in campo edilizio e di irrogazione delle relative sanzioni - andrebbe inteso nel senso che lo spostamento delle competenze dal sindaco ai dirigenti non sarebbe automatico ma resterebbe subordinato alla previa approvazione delle modifiche statutarie e regolamentari atte a determinare le modalità per l'espletamento delle funzioni demandate ai dirigenti.

Di tutt'altro segno la recente decisione. Il Consiglio di Stato afferma ora che non può essere messo in discussione che ai dirigenti degli enti locali spetta una immediata e diretta competenza gestionale per effetto delle disposizioni di legge in materia, anche nel caso in cui manchi al riguardo una esplicita disposizione di statuto o di regolamento.

Secondo il giudice di appello - che ha riformato la sentenza del TAR Lombardia, Sez. II, n. 946/2000, di segno contrario - ciò trova conferma nel disposto di cui all'art. 53, comma 23, legge 23 dicembre 2000 n. 388 e successive modificazioni. Il dettato legislativo testé enunciato consente unicamente agli enti locali con popolazione inferiore ai cinquemila abitanti di adottare disposizioni regolamentari organizzative per attribuire ai componenti dell'organo esecutivo (leggasi giunta) la responsabilità degli uffici e dei servizi nonché il potere di adottare anche atti di natura tecnica gestionale.

E' chiaro, dunque, sulla base della motivazione fornita dal Consiglio di Stato, che la deroga al principio della separazione delle competenze di indirizzo politico-amministrativo, rispetto a quelle di gestione, rientranti nelle attribuzioni dei dirigenti o dei responsabili dei servizi, non è applicabile agli enti aventi popolazione superiore alla soglia dei cinquemila abitanti. Le competenze gestionali degli enti più grandi, pertanto, non possono che essere di pertinenza della dirigenza, anche nel caso in cui manchi una specifica norma statutaria o regolamentare. E a corollario - aggiungiamo noi - le stesse competenze gestionali spettano ai dirigenti o ai responsabili dei servizi, anche nel caso in cui negli enti minori (quelli cioè con popolazione inferiore a 5.000 abitanti) manchino vuoi le disposizioni regolamentari ex art. 53, comma 23, legge 388/2000, vuoi una specifica norma dello statuto.

Occorre però rilevare che il principio in base al quale spetta comunque alla dirigenza la competenza relativa al rilascio di concessioni edilizie esce in qualche modo scalfito da una successiva sentenza del giudice amministrativo di secondo grado, secondo cui "la disciplina statale introdotta dagli artt. 107 T.U. 18 agosto 2000 n. 267 e 13 T.U. 6 giugno 2001 n. 380, che attribuisce al dirigente del settore edilizio e non più al Sindaco la competenza al rilascio dei titoli abilitativi in materia edilizia, attiene all'organizzazione degli uffici degli Enti locali e, come tale, è derogabile da parte della diversa disciplina regionale" (Cons. Stato, VI, n. 547 del 10 febbraio 2006).

La sentenza n. 2694/2004 è rilevante anche perché esamina e definisce un ulteriore ed importante aspetto.

Il vizio di incompetenza del provvedimento adottato e cioè l'incompetenza del sindaco (o, su sua

delega, dell'assessore) a sottoscrivere un atto di natura gestionale è assorbente rispetto a qualsiasi altro vizio che può essere lamentato in giudizio.

Non vale in proposito ritenere (come invece aveva sostenuto il TAR Lombardia) che, in presenza di un provvedimento (nella specie: il diniego della concessione edilizia) con carattere vincolato e di un'impugnativa di un atto sostanzialmente corretto seppure adottato da autorità incompetente, si renderebbe comunque obbligatoria, ad impugnativa accolta, la riproduzione dell'identico atto da parte del dirigente o del responsabile del servizio.

Infatti, sostengono i giudici di palazzo Spada, che nelle vertenze rientranti nell'ordinaria giurisdizione di legittimità, diversamente da quanto avviene per quelle di accertamento di situazioni di diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva, ha rilievo – oltre alla violazione di legge ed all'eccesso di potere (sconfinamento della discrezionalità amministrativa rispetto allo scopo perseguito dalla legge) – anche il vizio di incompetenza, a prescindere dal carattere vincolato o meno del relativo provvedimento. Questo perché, in virtù del principio di legalità sancito dall'art. 97 della nostra Costituzione, i poteri pubblici devono essere esercitati dall'organo cui sono assegnati.

III) SENTENZA Tar Valle d'Aosta (presid. Guida, relatore Vigotti) sentenza n. 81 del 14 luglio 2004 - Comune di A. contro L.

FATTO. Con ricorso notificato il 2 gennaio 2004 e depositato il successivo 10 gennaio, il ricorrente F.L., assegnatario sin dal gennaio 2003 di un alloggio di edilizia residenziale pubblica sito in via ... del Comune di Aosta, ha impugnato gli atti meglio specificati in epigrafe perché lesivi del proprio interesse connesso al mantenimento della sistemazione alloggiativa in argomento. Al riguardo, il medesimo ha prospettato come motivi di impugnazione violazione di legge ed eccesso di potere, sotto vari profili sintomatici. Si è costituito in giudizio il Comune di Aosta, eccependo l'infondatezza delle censure prospettate.

DIRITTO. In data 17 gennaio 2003, l'Ufficio Casa del Comune di Aosta ha assegnato provvisoriamente, per la durata di due anni, al ricorrente un alloggio di edilizia residenziale pubblica sito in via ... ad Aosta, ai sensi dell'art. 23 legge regionale n. 39/1995 (emergenza abitativa). Dopo avere espletato i necessari accertamenti (nota dell'Azienda Pubblici Servizi del ... , nota della Polizia Municipale del ...), il Comune di Aosta ha notificato al ricorrente una comunicazione di avvio di procedura di decadenza dall'assegnazione dell'alloggio, sul presupposto che l'interessato non avrebbe occupato stabilmente l'unità abitativa assegnatagli. In risposta a tale comunicazione la parte istante ha presentato una lettera di chiarimenti, precisando che la propria attività di "autista di TIR con trasporti europei con incarichi occasionali" determinava la sua assenza per lunghi periodi di lavoro e che la moglie ed i figli non si erano ancora trasferiti stabilmente nell'appartamento assegnatogli. Ritenendo non sufficienti le giustificazioni addotte, il Sindaco del Comune di Aosta, con propria ordinanza del 30 ottobre 2003, ha dichiarato l'intervenuta decadenza dell'assegnazione dell'alloggio, facendo proprie le osservazioni svolte dalla Commissione di Edilizia Residenziale Pubblica Sovvenzionata con il verbale n. ... del ... La citata Commissione, pur prendendo atto delle giustificazioni addotte e della documentazione presentata, le ha ritenute non sufficienti in quanto si è appurato che solo il ricorrente aveva preso la residenza presso l'alloggio assegnatogli mentre il suo nucleo familiare risultava risiedere altrove.

I presupposti di fatto sopra illustrati inducono il Collegio a ritenere che l'azione della pubblica amministrazione non solo sia conforme alla lettera della legge, ma sia anche scevra da qualsiasi vizio di eccesso di potere. Infatti, nella fattispecie in esame è senz'altro applicabile il combinato disposto degli artt. 37, comma 1, lett. b), e 22, commi 6, 7 e 8, legge regionale della Valle d'Aosta 4 settembre 1995 n. 39. L'art. 37, che si occupa della "decadenza dall'assegnazione", stabilisce testualmente che la stessa va dichiarata "dal Sindaco del Comune territorialmente competente nei casi in cui l'assegnatario o i componenti il suo nucleo familiare ... non abitino stabilmente nell'alloggio assegnato o ne mutino la destinazione d'uso, ovvero non lo abbiano occupato

stabilmente nei termini indicati all'art. 22". Tale ultima norma recita testualmente quanto segue: "L'alloggio consegnato dev'essere occupato dall'assegnatario e dal suo nucleo familiare entro trenta giorni dalla sottoscrizione del verbale di consegna. Trascorso il termine di cui al comma 6 senza che l'alloggio sia stato occupato, l'ente gestore, qualora non sussistano, per l'interessato, gravi motivi rappresentati prima che sia trascorso il termine stesso, intima all'assegnatario l'occupazione dell'alloggio entro l'ulteriore termine di dieci giorni. Qualora l'occupazione non venga effettuata entro l'ulteriore termine di cui al comma 7, l'ente gestore trasmette gli atti al Comune per la pronuncia della decadenza dall'assegnazione.

La circostanza denunciata dallo stesso ricorrente, relativa alla diversa residenza del proprio nucleo familiare e alle relative difficoltà dello stesso a trasferirsi nell'alloggio assegnato, unitamente agli esiti degli accertamenti compiuti dagli organi comunali competenti, inducono a ritenere che fossero sussistenti tutti i presupposti per l'adozione dovuta del provvedimento di decadenza dall'assegnazione dell'alloggio in questione. Ne consegue, pertanto, che risultano prive di pregio le censure con cui si prospetta il vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione o dei presupposti. Al riguardo, è opportuno sottolineare che l'intimazione all'assegnatario di un ulteriore termine ex art. 22, comma 7, citata legge VDA n. 39/1995, non era affatto necessaria nel caso di specie, dato che le circostanze enunciate possono farsi rientrare in ogni caso nella specifica ipotesi prevista dalla prima parte della lett. b) del summenzionato art. 37, comma 1. Né, da ultimo, la dedotta presenza di impalcature per opere di manutenzione dello stabile in questione poteva costituire una circostanza, tra l'altro neppure evidenziata nella fase istruttoria del procedimento amministrativo preordinato all'emanazione dell'atto di decadenza, idonea ad impedire e giustificare la mancata stabile abitazione dell'alloggio assegnato da parte del nucleo familiare del ricorrente.

Per tutte le ragioni sopra esposte, il ricorso va respinto perché infondato.

Commento. I fatti sono questi. Un nucleo familiare di Châtillon attraversa un bruttissimo momento finanziario, ulteriormente aggravato dalla scure incombente di uno sfratto esecutivo. Impossibilitato a risolvere la sua drammatica situazione sul mercato degli alloggi, il capo famiglia si rivolge alla mano pubblica (cioè al Comune di residenza e alla regione) e documentando il proprio stato riesce a vedersi assegnato in affitto un alloggio rientrante nel programma chiamato di "emergenza abitativa". Si tratta di un regime che, appunto in considerazione della estrema difficoltà complessiva delle condizioni di vita dei nuclei potenzialmente interessati, fa sì che l'affidamento di un certo numero di appartamenti di proprietà di enti pubblici possa addirittura avvenire scavalcando le ben note (e fittamente popolate) graduatorie di aspiranti ad alloggi di edilizia residenziale pubblica.

Nella circostanza l'alloggio utile al sostegno della famiglia è stato individuato in un altro Comune, per la precisione nel capoluogo Aosta, a cura dell'Ufficio Casa di quest'ultimo, che si è premurato di informare il richiedente dell'avvenuto rilascio della concessione e di invitarlo a prenderne possesso, cioè ad occuparlo entro un breve termine. Termine di per sé ristretto in quanto coerente con l'urgenza delle circostanze rappresentate e secondo logica rispondenti alle attese della famiglia bisognosa.

A questo punto succede una anomalia, che è insieme stranezza e - come non ha mancato di rilevare il giudice - un ostacolo alla prosecuzione del rapporto. Succede cioè che il nucleo familiare assegnatario non si trasferisca nell'immobile riservatogli ed anzi si laceri al suo interno, sembra per dissapori fra alcuni suoi componenti, cosicché solo il capo famiglia vi si installa entro il termine fissato mentre il resto dei familiari non solo non si spostano ma conservano la residenza nel comune di Châtillon. Naturale (e giuridicamente inesorabile) la conseguenza: l'Ufficio Casa allestisce la procedura di decadenza dall'assegnazione, che culmina con l'emissione di una apposita ordinanza da parte del Sindaco di Aosta. Ordinanza che la persona espulsa si affretta ad impugnare avanti il locale tribunale amministrativo regionale, sostenendo che l'impossibilità al trasferimento era stata determinata da alcuni contrasti coniugali imprevisi e che una simile emergenza, del tutto incolpevole e già di per sé dolorosa, non poteva causare, specie se ricomposta nei mesi successivi, implicazioni così gravi nell'andamento e nel bilancio dell'intero nucleo.

Come si legge nella decisione, il TAR è andato di contrario avviso ed è stato molto fermo nel pretendere che, in casi come questo governati dalla straordinarietà e dall'urgenza, siano rigorosamente osservate le prescrizioni normative, in primo luogo quelle che impongono il trasferimento nel nuovo appartamento di tutti i componenti il nucleo, con acquisizione ivi della residenza ufficiale.

La decisione però, prescindendo dai profili fattuali della vicenda esaminata e dal personale atteggiamento dei suoi protagonisti, funge da utile ammaestramento per quanti prendono sotto gamba le regole e i criteri dettati per soggetti giacenti in particolari difficoltà: insomma non tutto è dovuto, non ad oltranza; la disponibilità - per certi versi doverosa e sacrosanta - della cosa pubblica a beneficiare persone (o addirittura gruppi di persone) ben al di là degli schemi consueti non può essere aggirata con l'alibi dell'ignoranza o della presunzione di impunità. Anche perché i primi danneggiati di una simile condotta sono altri nuclei disastriati, a loro volta in lista di attesa.

IV) Consiglio di Stato, IV (presid. Trotta, estensore Russo) sentenza n. 616 del 17 febbraio 2004 - Ministero giustizia contro B. in riforma di TAR Veneto, I, n. 3143 del 18 ottobre 2001

DIRITTO. L'appello è fondato. Come si è visto nella parte narrativa del fatto, il TAR Veneto ha motivato l'accoglimento del ricorso ribadendo un proprio precedente orientamento con cui aveva affermato che il disposto dell'art. 23, ultimo comma, R.D. 22 gennaio 1934 n. 37, secondo il quale "la commissione, nel caso in cui accerti che il lavoro sia in tutto o in parte copiato da altro lavoro o da qualche pubblicazione, annulla la prova" risulterebbe riferito esclusivamente al prodotto della azione di copiatura (o di redazione in collaborazione) che si è inteso sanzionare, con onere della prova a carico dell'Amministrazione precedente, che non potrebbe essere assolto mediante presunzione semplice, trattandosi di un annullamento che discende da un vizio e non di una presa d'atto di una oggettiva inidoneità dell'elaborato stesso a dimostrare un certo grado di preparazione del redattore - ciò che apparirebbe insostenibile tanto con riferimento alla prova "originale" carpita al suo, consapevole o meno, estensore, che con riferimento alla stessa copia - aggiungendosi che, altrimenti opinando, si finirebbe col sanzionare anche comportamenti incolpevoli.

Tale opzione ermeneutica non appare condivisibile. E, invero, come rilevato anche dal Ministero appellante, la giurisprudenza di questo Consiglio è ormai costante nel ritenere non necessaria, per l'annullamento della prova, l'individuazione del soggetto attivo della copiatura, in quanto la commissione per gli esami di abilitazione all'esercizio della professione forense può procedere legittimamente all'annullamento degli elaborati presentati da due o più candidati sulla base del mero accertamento della loro conformità e senza obbligo di ulteriori indagini e motivazioni, giacché l'art. 23, ultimo comma, R.D. 22 gennaio 1934 n. 37, nella parte in cui dispone l'annullamento degli elaborati che risultino copiati, si riferisce non solo all'ipotesi che detta conformità sia conseguente all'utilizzo di una fonte comune, ma anche al caso in cui uno dei candidati abbia consentito o anche solo tollerato che il suo elaborato fosse copiato da altri. A tale conclusione questo Consiglio - come è noto - è pervenuto sulla base di un compiuto riesame della materia, che ha consentito di superare e comporre iniziali incertezze giurisprudenziali. Da tale indirizzo questo Collegio non ritiene di doversi discostare, non ravvisandosene fondate ragioni. E, invero, il disposto dell'art. 23, ultimo comma, cit. va letto in stretta connessione con il divieto fatto ai partecipanti alla procedura selettiva dai precedenti artt. 20, comma 2, e 21, di comunicare fra di loro e di portare nella sede degli esami libri, scritti ed appunti di qualsiasi genere e con l'espressa previsione - per il caso di inottemperanza - di esclusione dall'ulteriore corso degli esami previo annullamento delle prove già iniziate ovvero anche completate. Il che comporta che la commissione, ove, in sede di correzione degli elaborati, riscontri che due o più di essi siano conformi fra di loro, deve ragionevolmente ritenere che tale circostanza sia conseguente alla inosservanza del divieto di cui si è detto, e, cioè, di consultare libri o appunti ovvero di comunicare durante lo svolgimento delle prove. L'accertata violazione da parte dei candidati di una regola di comportamento, chiaramente ispirata dall'esigenza di garantire la regolarità degli esami e la par condicio degli esaminandi, è, pertanto, sufficiente a giustificare

l'annullamento degli elaborati riscontrati conformi fra di loro, senza che la commissione debba previamente individuare la fonte utilizzata per la copiatura ovvero chi, fra i candidati, abbia autonomamente redatto l'elaborato e chi, invece, si sia limitato a copiarlo, trattandosi di circostanze ininfluenti e tali, comunque, da non giustificare distinzioni o graduazioni di responsabilità. I candidati i cui elaborati risultino conformi, devono, quindi, ritenersi tutti egualmente inottemperanti alla regola di condotta imposta dal legislatore e, conseguentemente, tutti egualmente passibili della sanzione (l'annullamento della prova d'esame) prevista per tale evenienza. Il limite che la commissione incontra nell'esercizio del potere di annullamento deve essere, invece, individuato nella riscontrata effettiva conformità degli elaborati, che faccia ragionevolmente presumere che essa sia il risultato della iniziativa o dell'accordo di più candidati. Nella specie è pacifico che gli elaborati messi a raffronto sono pressoché identici, tanto ciò vero che, come ammesso dallo stesso giudice di primo grado, "va riconosciuta la pedissequa conformità di buona parte dell'elaborato redatto dalla ricorrente con quello del candidato n., sicché è certo che la prova, almeno per uno dei due concorrenti, non costituisce espressione delle sue effettive capacità professionali". Solo che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, l'annullamento di entrambe le prove non è collegato ad una presunzione di copiatura reciproca, quanto piuttosto alla circostanza che gli elaborati, per il solo fatto della loro identità o similarità totale o parziale, sono stati redatti in violazione delle regole di comportamento stabilite dalla legge per la compilazione delle prove scritte, regole poste dall'ordinamento a garanzia della correttezza degli esami ed a tutela della par condicio dei concorrenti.

Commento. Sentenza salomonica, quella del giudice dell'appello, che, rovesciando le conclusioni del collegio di primo grado, ha equiparato nel torto sia chi ha copiato il lavoro altrui sia chi ha permesso di copiare il proprio. Una omologazione severa ma senz'altro da condividersi - e del resto in linea con un orientamento giurisprudenziale sempre più prevalente - perché anche colui che tollera la copiatura contribuisce all'alterazione del risultato, si presta cioè, anche contro il proprio interesse, a falsare l'interesse pubblico al riconoscimento degli elaborati migliori. Infatti, come scrivono i giudici, risulta infranta una regola comportamentale di trasparenza a carico del candidato che affronta prove d'esame pubbliche, quella di consentire l'emergere dei più idonei. Il tutto senza che l'amministrazione che ha bandito il concorso (né tanto meno la commissione d'esame) sia in alcun modo tenuta a particolari, minuziose ricerche onde individuare quale lavoro vada considerato come il prototipo e quali siano le imitazioni. Meno ancora è fatto obbligo alla mano pubblica di ricercare le prove dell'esistenza di una trama cospirativa dal momento che, ai fini dell'esclusione, deve bastare la sostanziale uniformità degli scritti comparati.

V) Consiglio di Stato, VI (presid. Giovannini, relatore De Nictolis) sentenza n. 324 del 2 febbraio 2004 – Società L.L. contro Istituto Poligrafico dello Stato e altri

....OMISSIS....

Secondo l'insegnamento costante di questo Consesso, nelle commissioni di gara è necessario il plenum in ordine alle attività implicanti valutazioni di carattere tecnico-discrezionale, consentendosi una deroga a tale principio soltanto per le attività preparatorie, istruttorie o strumentali vincolate. Tuttavia la violazione del principio del plenum sussiste solo quando sia dimostrata la assenza effettiva di taluno dei componenti del collegio, non anche quando il verbale non risulti sottoscritto da tutti i componenti. Invero, la mancata sottoscrizione di tutti i componenti può essere imputabile a mera dimenticanza o irregolarità formale e di per sé non dimostra l'assenza dalla seduta del componente che non ha sottoscritto. E, invero, la sottoscrizione del segretario e del presidente, che attesta la presenza di tutti i componenti, è sufficiente garanzia della presenza effettiva del plenum. Ciò è dimostrato, sotto il profilo sistematico, dal rilievo che, nel diverso settore dei provvedimenti giurisdizionali collegiali, ancorché si sia in presenza di collegio perfetto che deve operare con il plenum, per la validità del provvedimento è sufficiente la sottoscrizione del

solo presidente e dell'estensore e la prova della presenza di tutti i membri durante la deliberazione è costituita dall'attestazione contenuta nel verbale di udienza sottoscritto dal segretario (cancelliere) e dal presidente. Si deve perciò concludere che la necessità del plenum nei collegi perfetti postula la presenza effettiva di tutti i membri del collegio, comprovata dalla sottoscrizione del verbale da parte di presidente e segretario, mentre la mancata sottoscrizione di taluno degli altri membri non inficia, di per sé sola, la validità della seduta. Nel caso di specie, parte appellante si limita a dedurre il difetto di sottoscrizione, ma non ha mai dimostrato, e nemmeno dedotto, l'assenza, durante le sedute, di uno dei componenti indicati nel verbale.

Quanto all'assunto della violazione del principio di continuità della gara, lo stesso è infondato. In termini generali e astratti, è vero che, di regola, le gare di appalto devono svolgersi in unica seduta, o in più sedute consecutive. Ma si tratta di un principio tendenziale, che deve applicarsi per soddisfare due esigenze fondamentali: garantire la celerità delle operazioni, in ossequio al principio del buon andamento e di efficienza dell'Amministrazione, garantire l'assoluta indipendenza di giudizio di chi presiede la gara e sottrarlo a possibili influenze esterne e impedire che i criteri di valutazione delle offerte vengano formulati dopo la conoscenza delle stesse. Considerate le ragioni sottese al principio di continuità della gara (celerità e imparzialità), lo stesso, in concreto, non viene violato, se :

- le operazioni di gara si svolgono con ragionevole celerità, anche se non in un unico giorno o in pochi giorni consecutivi;
- la fissazione dei criteri di valutazione delle offerte preceda la conoscenza delle offerte medesime;
- venga rispettato il principio di segretezza delle operazioni di gara fino alla enunciazione dell'esito della stessa.

In termini più generali, inoltre, il principio di continuità della gara può essere derogato qualora si verificano situazioni particolari che obiettivamente impediscano la concentrazione e la conclusione delle operazioni di gara in un numero ristretto di sedute.

Commento. La sentenza, lucidissima nella sua didattica essenzialità, impartisce, distribuiti per punti, numerosi insegnamenti. Innanzi tutto essa risponde ad un quesito che gli enti pubblici ripetutamente si pongono nel corso della loro attività, e cioè: le commissioni di valutazione (di concorso, di gare d'appalto) devono prendere le loro decisioni con la presenza, con la partecipazione e con il voto di tutti i loro componenti? E, in caso di risposta favorevole, cosa succede se ciò non risulta: è nulla o no la singola decisione così viziata? E ancora: essa sola è viziata o lo è l'intera procedura?

Il verdetto della Cassazione che stiamo esaminando è in linea con la maggior parte dei suoi precedenti deliberati. Il giudice della legittimità - chiamato, nel nostro sistema processuale, a fissare i principi del diritto e ad esprimere l'interpretazione corretta da dare alle leggi, alla quale devono tendenzialmente attenersi i giudici dei singoli casi concreti - ribadisce che le commissioni di valutazione sono organi collegiali perfetti, nel senso che devono pronunciarsi con la partecipazione e con il voto di tutti i componenti assegnati (e prefissati, generalmente, in numero dispari proprio per consentire in ogni caso il raggiungimento di una maggioranza). Infatti, il modello tracciato dal legislatore è quello dell'organo giudicante (il tribunale civile, la Corte d'appello, il tribunale regionale amministrativo), dove tutti i giudici assegnati alla singola Corte devono esprimere il loro voto in modo che la decisione finale, non importa se raggiunta all'unanimità o a semplice maggioranza, nasca dalla confluenza materiale (e talora, come nel caso dei concorsi a posti pubblici, matematica) di tutte le singole voci. Con la conseguenza che è affetta da illegittimità (cioè invalida, anche se conserva efficacia qualora nessuno dei controinteressati sollevi la relativa obiezione nella competente sede) una decisione presa ad esempio da due soli componenti (su tre) del collegio. Altro discorso è quello relativo alla verbalizzazione della procedura di voto, cioè alla rendicontazione dei lavori del consesso: se, pur avendo partecipato tutti gli addetti alla fase del voto, mancano nel verbale una o più sottoscrizioni, il provvedimento non cessa di conservare validità e non può essere annullato a causa di quel semplice (come tale

superabile) vizio di forma. Anche qui il modello di riferimento è costituito dalla sentenza dei giudici ordinari in composizione collegiale: nei tribunali civili, ad esempio, la sentenza deve portare le sottoscrizioni di due soli componenti (dei tre complessivi), cioè quella del presidente e quella del giudice relatore (addirittura, nel caso in cui presidente e relatore coincidano, come pure è possibile, basta la sottoscrizione del primo), anche se il terzo giudice ha partecipato - come deve avere partecipato - alla deliberazione del merito della causa ed è intervenuto a determinare l'orientamento della corte.

Quindi, se il verbale di una gara d'appalto non dovesse recare la sottoscrizione di tutti i membri della commissione, esso sarebbe ciò nonostante valido, quanto meno fino a prova contraria (fino cioè a che sia data, a cura ed onere dell'interessato, prova del fatto che i non sottoscrittori non erano neanche presenti).

VI) Consiglio di Stato, III (presid. Piacentini, relatore Nocilla) parere n. 458/2003 del 4 novembre 2003 – C.C. contro A.S.L. Avellino 2

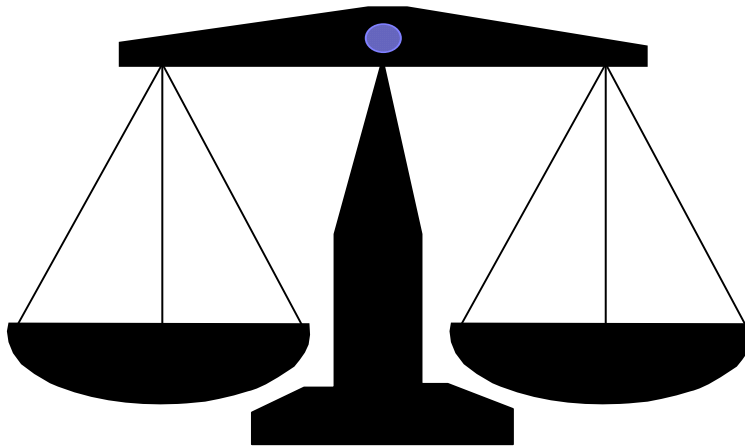
DIRITTO. Il ricorrente dà per presupposta la propria legittimazione a ricorrere, in quanto esponente di una Associazione rappresentativa di interessi diffusi, e l'Amministrazione nulla eccepisce in proposito. Tuttavia la Sezione ritiene opportuno interrogarsi sulla sussistenza di tale presupposto, la cui assenza determinerebbe l'inammissibilità del ricorso. Al riguardo occorre riferirsi alla giurisprudenza formatasi in ordine all'art. 9 legge 7 agosto 1990 n. 241, che prevede la facoltà di intervento nel procedimento dei soggetti portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento. La legittimazione procedimentale, riconosciuta dall'art. 9 legge 7 agosto 1990 n. 241 ai portatori di interessi diffusi, lascia impregiudicata la questione dei limiti entro i quali può assicurarsi tutela a tali interessi. Va innanzi tutto rilevato che l'Associazione in questione non appare legittimata ad intervenire nella contrattazione prevista dall'art. 32, comma 8, legge 27 dicembre 1997 n. 449 e pertanto gli interessi di cui essa è portatrice non vengono in considerazione in modo diretto nella vicenda di cui ci si occupa. In altri termini, nella specie non sussiste una posizione sostanziale tale da legittimare l'Associazione ricorrente a proporre il ricorso contro l'atto in questione. Non si intende, quindi, escludere in via generale una legittimazione dell'Associazione, ma, più precisamente, tale legittimazione va esclusa nel caso concreto, in considerazione della mancanza, in capo all'Associazione ricorrente, di una situazione soggettiva differenziata rispetto a quella della generalità dei cittadini utenti del Servizio sanitario nazionale. L'Associazione, che il dott. C.C. assume di rappresentare, non può ritenersi esponenziale di un interesse diffuso leso direttamente dal provvedimento impugnato. In altri termini, se è vero che la facoltà di intervento nel procedimento amministrativo da parte dei soggetti portatori di interessi diffusi, costituiti in associazioni o comitati cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, di per sé non comporta, in via automatica, la legittimazione processuale, occorre che si dimostri che l'Associazione, in rappresentanza della quale agisce il dott. C.C., sia titolare di un interesse sostanziale inciso dalle determinazioni contestate e che tale interesse sia qualificato dall'ordinamento in termini di specificità rispetto alla sfera della collettività indifferenziata. Tale circostanza, peraltro, non ricorre nel caso in oggetto. Infatti, il ricorso in esame si limita a contestare una generica violazione del diritto alla salute dei cittadini e del diritto di scelta del cittadino della struttura presso la quale ottenere le prestazioni sanitarie di cui necessita. Senonché il provvedimento impugnato non incide direttamente né sull'uno né sull'altro diritto, in quanto ha, come solo effetto, che quest'ultimo può, ricorrendo talune condizioni, trovarsi nella condizione di dover rinunciare ad una delle tante opzioni che gli si pongono in ordine alle prestazioni sanitarie di cui ha bisogno, ma non una riduzione delle prestazioni, né della facoltà di scegliere tra una struttura pubblica, una struttura privata accreditata ed una struttura privata. Del resto, gli altri vizi denunciati in ordine al provvedimento impugnato non derivano dal fatto che esso violi interessi dei singoli assistiti o di tutti gli utenti del Servizio sanitario nazionale, quanto piuttosto interessi propri degli erogatori di assistenza specialistica, che sono raggruppati in

associazioni costituite a tutela dei loro interessi, associazioni di cui risulta esservi stata adeguata partecipazione ai due procedimenti che si sono rispettivamente conclusi con la deliberazione della Giunta regionale della Campania n. ... del

Pertanto, mancando la legittimazione a ricorrere, la Sezione ritiene che il ricorso stesso debba essere dichiarato inammissibile.

Commento. Una frettolosa quanto disinvolta e superficiale pubblicistica ha purtroppo contribuito a creare errate convinzioni e ad alimentare pericolose aspettative. In preda a raptus demagogico, non pochi, all'atto dell'entrata in vigore della legge n. 241 del lontano agosto 1990, hanno pensato che fosse caduto anche l'ultimo ostacolo alla indiscriminata partecipazione processuale delle associazioni sorte a difesa dei cosiddetti interessi diffusi, quelli che fanno capo alla collettività indifferenziata dei cittadini intravisti come utenti o come consumatori. Non essendo così, ecco che, come spesso accade, la giurisprudenza - non ultimo questo minuzioso quanto condivisibile parere del Consiglio di Stato - si è incaricata di ripristinare la corretta lettura delle norme in cui si radica il sistema dell'intervento degli enti privati che raccolgono le istanze dei cittadini e fanno proprie le loro rivendicazioni nei confronti della mano pubblica.

La principale distinzione, in fatto di diritti e poteri di tali gruppi rappresentativi, va colta fra procedura amministrativa e giudizio amministrativo che dalla prima può prendere abbrivio. L'una, la procedura, è affidata all'ente, munito di poteri esecutivi, competente secondo legge: ad esempio il Comune, la regione, la provincia (dove esiste), per guardare alle amministrazioni territoriali; oppure le aziende autonome, enti che dalle prime dipendono (come è il caso dell'Azienda sanitaria locale coinvolta, vincente, nel processo in questione). L'altro, il giudizio, è compito del magistrato (per lo più amministrativo - il TAR in primo grado, il Consiglio di Stato in sede di appello - ma non è detto che il riparto fra le giurisdizioni, operato in piena libertà dal legislatore, non spartisca le materie diversamente, con un più ampio spazio di competenza riservato al giudice civile) e non è detto che chi ha uno spazio, riconosciuto dalla legge, ad intervenire nella prima sia poi anche facoltizzato ad adire il giudice per contestare l'eventuale provvedimento sfavorevole emesso all'esito della prima procedura. Insomma, il diritto di partecipazione si sdoppia: un conto è il momento di creazione del provvedimento avanti l'ufficio o gli uffici indicati dalla legge; altro è il momento di contestazione (o difesa, a seconda delle posizioni) di quel provvedimento avanti ad un organo di giustizia neutrale. Se generalizzata è la partecipazione all'iter formativo, dove "Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento" (art. 9 legge n. 241/1990, più volte espressamente menzionato nella sentenza), è tutt'altro che scontato che tutti possano aprire o resistere nel giudizio aperto da altri per fare accertare la legittimità del provvedimento. Infatti, in base alle regole portanti del nostro sistema processuale, per adire il giudice occorre detenere un interesse personale che risulti direttamente inciso dal provvedimento fatto oggetto di censura. Situazione che qui il giudice, più che correttamente, ha ritenuto non ricorrere. Anche perché l'unica eccezione al meccanismo illustrato è quella delle associazioni ambientaliste, le sole a cui il legislatore nazionale - in considerazione dell'altro valore delle loro battaglie, avvertite come socialmente utili soprattutto nell'attuale temperie storica - ha riconosciuto una generalizzata capacità processuale, ovviamente peraltro circoscritta ai valori ecologici di cui sono portatrici. Ma questo, appunto, è un altro discorso.



SEZIONE TERZA

UNA DISCIPLINA SOTTO ESAME

LA NORMATIVA SUI REATI DI OPINIONE

Vuole un certo tantam metropolitano che un importante giudice milanese abbia allestito nel suo ufficio un armadio sormontato da una targa solo apparentemente ermetica: "Per una serena vecchiaia". Lì, sembra, il magistrato raccoglie i fascicoli delle cause che ha avviato nei confronti di coloro che, a suo dire, lo avrebbero offeso e che dunque, nelle sue attese, andrebbero condannati a rifondere i danni arrecati vuoi al suo onore e decoro (reato di ingiuria, art. 594 codice penale) vuoi alla sua reputazione (reato di diffamazione, art. 595 codice penale).

Recita l'art. 594 c. p. :

"Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a lire un milione./Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa./La pena è della reclusione fino a un anno o della multa fino a lire due milioni se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato./Le pene sono aumentate qualora l'offesa sia commessa in presenza di più persone";

l'art. 595 c.p. vuole invece che

"Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire due milioni./Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a lire quattro milioni./Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a lire un milione./Se l'offesa è recata a un Corpo politico,

amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza o ad una autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate".

Nell'uno come nell'altro caso, si tratta sempre di lesione portata ad un bene primario della persona, a quello che i tecnici chiamano un "diritto della personalità", cioè ad un profilo della parte spiritualmente più intensa, intima e propria di ogni essere umano. Un diritto sancito, e quindi anche sanzionato in caso di sua violazione, dalla stessa Costituzione laddove è scritto - art. 2 - che

"La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"

e - art. 3 - che

"Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali./E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

E' lecito presumere - e in qualche modo è anzi auspicabile - che non sempre a quel giudice meneghino gli organi decidenti cui egli si è rivolto (per lo più tribunali penali, i quali però, come vedremo, non sono gli unici astrattamente competenti in materia) abbiano finito per dare ragione, innanzi tutto nel senso che, in linea di massima, occorre augurarsi l'innocenza e non la colpevolezza di un imputato (e, prima ancora, di un indagato). C'è però una ragione ulteriore che sorregge questa speranza: in un sistema sociale fondato sull'equilibrio dei poteri - e negli ordinamenti moderni, in base ad una impostazione risalente nei secoli, i poteri sono tre: legislativo, giudiziario e amministrativo - neanche le personificazioni di uno di essi, quand'anche di insostituibile importanza nella realtà odierna, come del resto statuito a chiare lettere dalla Costituzione in termini di indipendenza operativa (art. 104) e di autonomia disciplinare (art. 105); bene, neanche i giudici sono sottratti all'eventualità di critiche, dure e persino mordaci. Loro, i giudici, al pari di altre figure pubbliche quali gli amministratori e i candidati alle cariche elettive, così come le figure più rappresentative e in vista della vita politica del paese.

Sì, perché, se la tutela della persona (e dei caratteri più profondi e tipici della sua individualità) è sacra nel panorama giuridico di una società avanzata quale la nostra, al punto da essere inserita fra i principi fondamentali della carta fondamentale, altrettanto assistito da suggello costituzionale è il valore della libertà di pensiero, della sua libera circolazione nelle diverse espressioni tecniche che può assumere (ieri solo con la parola e lo stampato, oggi con i ritrovati della comunicazione via internet ed e mail). Stabilisce infatti l'art. 21 Cost.:

"Tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione./La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure./Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'Autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili./In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'Autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'Autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto./ La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica./Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni".

Nel caso di interesse per noi, di braccio di ferro fra tutela della sfera più riposta della personalità individuale (con connesso dovere, in capo a tutti gli estranei, di rispettarla) e anelito di chiunque a

enunciare la propria opinione come momento di affermazione del singolo all'interno di una società incline alla dialettica fra le sue numerose e variegate componenti, è la giurisprudenza - cioè l'insieme delle pronunce dei giudici chiamati a interessarsi dei singoli casi - che ci fa da interprete e da guida per capire dove dobbiamo cercare la verità. Alla giurisprudenza occorre dunque rimettersi per trovare il bandolo della matassa, per localizzare una risposta che, pur nel tentativo di fondo di realizzare un equo bilanciamento fra due istanze di per sé lecite e consentite, non potrà sottrarsi, ad un certo punto, all'obbligo di sacrificarne una a favore dell'altra. Ebbene, le sentenze più significative segnalano che la linea di confine fra critica lecita, quindi tollerata e anzi incoraggiata, e critica illecita, quindi repressa e punita, è molto labile; non solo, scopriamo anche che lo spartiacque è andato oscillando nel corso del tempo ma con una progressiva conquista di terreno da parte del diritto alla libera manifestazione del pensiero rispetto ad una iniziale e ormai datata visione, astratta e formalistica, dell'onore e della reputazione delle persone. Così, dei due semicerchi di partenza a fronte, quello relativo al diritto di critica si è andato espandendo a scapito dell'altro, con sempre maggiore rilievo, in sede penale, per la scriminante - istituto che, nel diritto penale italiano, è quella componente della condotta che fa venir meno l'illiceità del fatto - dell'esercizio del diritto (dinamico) all'informazione e all'approfondimento critico rispetto all'osservanza del diritto (statico) al rispetto della propria onorabilità.

Il discorso denuncia pertanto subito i suoi corretti contorni di ricerca: si tratta di stabilire i giusti confini, le opportune proporzioni, il più ragionevole equilibrio fra i diversi valori a confronto. Da una parte vige l'aspettativa a che la propria sfera di intimità non venga violata ed anzi neppure aggredita, e con essa sia mantenuta all'esterno l'integrità dell'immagine; dall'altra si promuove la libertà, per ogni persona, di affermare le proprie convinzioni circa tutti gli aspetti della realtà, dal livello più semplice (l'informazione sugli eventi, cioè la cronaca) a quello più elevato di commento (l'analisi degli eventi, cioè la critica), con le comprensibili difficoltà, con gli intuibili imbarazzi allorché, nel farlo e per farlo, si prende in esame la condotta di altri, se del caso la si biasima, all'occorrenza la si depreca con vigore. Al giudice - quello civile, se si invoca la rifusione di un danno economico; quello penale, se si sollecita la punizione per un fatto costituente reato - tocca il compito, spesso impervio, di mettere sui due piatti della bilancia le due forze antagoniste per verificare quale delle due, secondo il diritto vigente, ha ragione di prevalere. Un raffronto fra valori e principi distanti e contrastanti tutt'altro che leggero e semplice, anche se, nella società moderna, al giudice capita sovente di doversi chiedere quale, fra due pulsioni dialetticamente incompatibili, vada sacrificata a favore dell'altra. Già in passato, su queste colonne, abbiamo preso atto del conflitto irrisolto e sempre risorgente fra due diritti entrambi salvaguardati e protetti: pensiamo alla tensione fra il diritto di accesso agli atti, che è per così dire un diritto di apertura, e il diritto alla riservatezza, che è invece per definizione un diritto di chiusura: con priorità attribuita, in linea di massima, al primo, proprio perché il mondo odierno tende a soddisfare essenziali e dinamiche esigenze di trasparenza e di conoscenza.

Fondamentale e irrinunciabile requisito per una corretta espressione della propria opinione è la VERITA' dei fatti riportati. Insegna la Corte Suprema:

*"L'esercizio del diritto di critica postula, per avere efficacia scriminante, oltre il rispetto del limite della continenza, che venga stigmatizzato un **fatto obiettivamente vero** nei suoi elementi essenziali, o ritenuto tale per errore assolutamente scusabile. Non assume invece valenza esimente la verità putativa, cioè solo supposta del fatto diffamatorio, senza previa acquisizione, attraverso le opportune verifiche e controlli, della certezza dell'effettiva sussistenza dei fatti denunciati" (V, 11 agosto 1998 n. 11199);*

*"Ai fini della configurabilità dell'esimente di cui all'art. 51 c.p. per il reato di diffamazione a mezzo stampa, l'esercizio del diritto di cronaca e di critica, per avere efficacia scriminante, postula: l'interesse che i fatti narrati rivestano per l'opinione pubblica, secondo il principio della pertinenza; la correttezza dell'esposizione di tali fatti, in modo che siano evitate gratuite aggressioni all'altrui reputazione, secondo il principio della continenza; **la corrispondenza rigorosa tra i fatti accaduti e i fatti***

narrati, secondo il principio della verità, principio comportante l'obbligo del giornalista di accertare la verità della notizia e il rigoroso controllo della attendibilità della fonte" (V, 5 aprile 2000 n. 5941);

*"In tema di diffamazione a mezzo stampa, perché possa ritenersi operante la scriminante del diritto di critica, pur essendo certamente consentito, nei riguardi di soggetti investiti di pubbliche funzioni, il ricorso ad un linguaggio più pungente ed incisivo, occorre comunque che **il fatto narrato sia vero**, che sia correttamente riferito e che sia pertinente al potenziale interesse dell'opinione pubblica" (V, 9 giugno 2000 n. 8635);*

*"Il diritto di critica si differenzia da quello di cronaca in quanto il primo non si concretizza, come l'altro, nella narrazione di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio o, più genericamente, di un'opinione che non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che **la critica non può essere fondata su un'interpretazione soggettiva di fatti e comportamenti**" (V, 3 novembre 2004 n. 42643);*

*"In tema di reato di diffamazione a mezzo stampa, l'attribuzione a taluno, in termini di certezza, di un fatto che è invece rimasto non accertato non perde il connotato della illiceità sol perché sia inserita all'interno di una determinata analisi socio-politica: ed invero, costituisce causa di giustificazione soltanto la **critica che rispetti la verità dei fatti** e non anche quella che si sviluppi attraverso l'arbitrario inserimento di circostanze non vere, dato che, in questo caso, la critica diviene mero pretesto per offendere l'altrui reputazione" (I, 12 gennaio 1996 n. 2210).*

La condizione della verità deve fare i conti con un altro valore, quello della PERTINENZA. Occorre infatti che sussista, a monte della diffusione di una notizia, un interesse pubblico alla conoscenza di quel certo fatto, cioè l'utilità sociale a che l'informazione sia data. Scrivono i giudici della legittimità:

"In tema di diffamazione, quando il discorso giornalistico ha una funzione prevalentemente valutativa, non pone un problema di veridicità di proposizioni assertive e i limiti scriminanti del diritto garantito dall'art. 21 Cost. sono solo quelli costituiti dalla rilevanza sociale dell'argomento e dalla correttezza di espressione. Sicché, il limite all'esercizio di tale diritto deve intendersi superato, quando l'agente trascenda ad attacchi personali, diretti a colpire, su un piano individuale, senza alcuna finalità di pubblico interesse, la figura morale del soggetto criticato, giacché, in tal caso, l'esercizio di diritto, lungi dal rimanere nell'ambito di una critica misurata ed obiettiva, trascende nel campo dell'aggressione alla sfera morale altrui, penalmente protetta" (V, 22 febbraio 2002 n. 15174).

Altro importante requisito, peraltro già intuito e accennato nelle massime appena riportate, è la cosiddetta CONTINENZA, cioè il rapporto di ragionevole equilibrio fra i fatti narrati e le opinioni espresse, da una parte, e, dall'altra, le parole usate per narrarli e per esprimerle. Secondo la stessa Suprema Corte:

*"In tema di diffamazione a mezzo stampa, l'esercizio della critica, per assumere rilievo scriminante nei confronti di un'offesa, deve essere esercitato nei limiti del diritto costituzionalmente garantito, sicché restano ugualmente **punibili le espressioni inutilmente volgari, umilianti o dileggianti**. Ne consegue che l'idoneità psichica di un soggetto, sebbene possa rappresentare legittimo tema di discussione nell'ambito di una controversia giudiziaria, non può essere assunto come oggetto di dibattito sulla stampa d'informazione per l'esigenza fondamentale di tutelare la riservatezza di dati ed informazioni, attinenti alla salute ed alla sfera sessuale dei singoli, che rientrano nell'ambito della tutela prevista per i dati sensibili dall'art. 22 legge n. 675 del 1996" (V, 18 febbraio 2002 n. 10135),*

cosicché a funzione più alta può corrispondere facoltà di critica più pregnante e pesante, come insegna ancora la Cassazione:

*"In tema di diffamazione a mezzo stampa, il limite della continenza, entro il quale deve svolgersi un corretto esercizio del diritto di cronaca e di critica, viene superato quando le informazioni, pur vere, si risolvono - per il lessico impiegato, per l'uso strumentale delle medesime, per la sostanza e la forma dei giudizi che le accompagnano - in un **attacco personale e gratuito** al soggetto cui si riferiscono: quando cioè, al di là della offensività della notizia e della negativa sua valutazione (che sono scriminate se sono veritiere e di interesse sociale) si realizzi una lesione del bene tutelato, attraverso il modo stesso in cui la cronaca e la critica vengono attuate" (V, 21 dicembre 2000 n. 6925);*

*"In tema di diffamazione a mezzo stampa, avente ad oggetto attività giudiziaria, l'esimente del diritto di critica giornalistica va riconosciuta o esclusa a seconda che, rispettivamente, i termini usati, pur se eccessivi e sovrabbondanti in rapporto al concetto da esprimere, siano diretti a censurare l'atto sotto profili di legittimità, di merito o anche di mera opportunità, ovvero puntino ad **aggredire direttamente** il magistrato autore dell'atto, nella sua integrità morale, personale o professionale, dovendosi considerare che, quando la critica consista nell'attribuzione di comportamenti asseritamente caratterizzati da parzialità, eccessiva discrezionalità o arbitrio, tale attribuzione ha una diversa valenza a seconda che essa riguardi un giudice (il quale, nell'esercizio della giurisdizione, deve essere necessariamente terzo ed ispirare il suo operato a rigorosi criteri di obiettività e serenità), o riguardi invece un magistrato del pubblico ministero, il quale è istituzionalmente portatore dell'interesse a vedere confermata, in sede giurisdizionale, con uso largamente discrezionale degli strumenti offertigli dall'ordinamento, la propria impostazione accusatoria" (V, 4 dicembre 1998 n. 2890).*

Una forma particolare di critica - non certo frutto dei tempi moderni perché presente anche nelle eminenti civiltà greca e romana, dove ha toccato vertici irripetibili con Aristofane e Plauto - è la satira, cioè la messa alla berlina dei potenti e delle loro attitudini. Collocata appunto a metà fra il diritto di opinione e il diritto di rappresentazione artistica, la satira, per sua stessa natura, esige un allentamento delle maglie della censura, con connessa maggiore possibilità di lettura sarcastica delle persone e degli avvenimenti che si prendono di mira. E' ovvio che qui i canoni della verità e della continenza si fanno meno ferrei mentre più ampi sono i margini e i pretesti riconosciuti all'interprete. Ciò nonostante, non vanno superate le soglie del buon costume: concetto labile e variabile con il mutare del sentire sociale e dei modelli comportamentali, ma che pur sempre è buona bussola, sotto tutti i cieli, del buon senso. Leggiamo così che:

*"La satira è anche espressione artistica, in quanto opera una rappresentazione intuitivamente simbolica che - in particolare con la vignetta - si propone quale metafora caricaturale. Come tale non è soggetta agli schemi razionali della verifica critica, purché attraverso la metafora - pure paradossale - sia comunque riconoscibile se non un fatto o un comportamento storico, l'opinione almeno presunta della persona pubblica, secondo le sue convinzioni altrimenti espresse, che per sé devono essere di interesse sociale. Pertanto può offrire la rappresentazione surreale, purché rilevante in relazione alla notorietà della persona, assumendone connotati che sfuggono all'analisi convenzionale ed alla stessa realtà degli accadimenti, ma non astraendosene fino a fare attribuzioni non vere. Sul piano della continenza il linguaggio essenzialmente simbolico e frequentemente paradossale della satira, in particolare grafica, è svincolato da forme convenzionali, onde non si può applicare il metro consueto di correttezza di espressione. Ma, al pari di ogni altra manifestazione del pensiero, non può superare il **rispetto dei valori fondamentali**, esponendo, oltre il ludibrio della sua immagine pubblica, al disprezzo della persona" (V, 20 ottobre 1998).*

Un rapido accenno finale alla competenza a giudicare. Eccezionalmente essa spetta al tribunale; in via di massima incombe invece al giudice di pace, tranne quando l'offesa è commessa "col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico" (art. 595, terzo

comma, c.p.p.) o "con lesione della reputazione di un corpo politico, amministrativo o giudiziario"
(art. 595, quarto comma, c.p.p.).

di Valdo Azzoni