

QUADERNI DI OVERLEX

N. 5 – giugno 2007

Profili monografici di diritto civile, penale, amministrativo

Direzione scientifica di Luigi Viola



Redazione

Direttore scientifico

Luigi Viola

Comitato scientifico

Luigi Viola

Emanuele Traversa

Valentina Frediani

Si segnala



www.ilnuovodiritto.com



www.halleyeditrice.it

Eventi in evidenza

ESAME DI AVVOCATO 2007
Corso On Line settembre-dicembre!
Overlex Avv. Luigi Viola **(3a sessione 2007)**

Per informazioni e iscrizioni www.overlex.com/corso_esame_avvocato.asp

Per la vostra pubblicità su questo spazio, consultare le offerte commerciali alla pagina
www.overlex.com/pubblicita.asp

INDICE:**DIRITTO AMMINISTRATIVO****I principi generali dell'azione amministrativa nell'ordinamento nazionale ed in quello comunitario**

Gianluca Sgueo procede ad una ricognizione dei principi generali che animano l'agere amministrativo, soprattutto alla luce delle influenze comunitarie

Il rapporto tra il preavviso di rigetto (art. 10 bis legge n. 241/1990) e la sanatoria dei vizi dell'atto amministrativo (art. 21 octies legge n. 241/1990) secondo il T.A.R. Puglia e la giurisprudenza amministrativa

Gianluca Sgueo prende in esame la sentenza 2125/2006 del Tar Puglia

DIRITTO CIVILE**L'istituto dell'adozione di persone maggiori di età nell'ordinamento italiano alla luce della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria**

Gianluca Sgueo esamina tutti i principali orientamenti esistenti in tema di adozione

DIRITTO PENALE**PROCESSO PENALE: dibattito e riprese audiovisive**

Angelo Fanelli affronta in modo analitico un problema giuridico molto delicato

DIRITTO AMMINISTRATIVO**I principi generali dell'azione amministrativa nell'ordinamento nazionale ed in quello comunitario***Gianluca Sgueo*

1. Introduzione. I principi del diritto amministrativo italiano alla luce dell'integrazione comunitaria
2.1 I principi procedurali comuni al diritto amministrativo europeo e nazionale. I principi attinenti all'esercizio congiunto delle funzioni comunitarie *2.2 Segue. I principi in materia di organizzazione*
3.1.1 I principi dell'ordinamento amministrativo italiano e le modifiche introdotte dalla legge n. 15 del 2005. Il principio di trasparenza *3.1.2 Segue. I principi di introduzione comunitaria – 3.2 I principi di derivazione giurisprudenziale e costituzionale. Principio di legalità, imparzialità e buona amministrazione* *4. Conclusioni.*

1. Introduzione. I principi del diritto amministrativo italiano alla luce dell'integrazione comunitaria

L'approvazione nel 2005 da parte della Camera dei Deputati del disegno di legge n. 3890, "Berlusconi, Frattini ed altri", ha introdotto una serie di significative innovazioni nella disciplina del procedimento amministrativo italiano^[1]. La modifica legislativa, infatti, favorisce un duplice effetto integrativo. Da una parte, recepisce gli orientamenti venutisi a consolidare nella giurisprudenza successiva alla legge n. 241 del 1990. Dall'altra parte, solidifica il legame con i valori giuridici propri dell'ordinamento comunitario, dando loro un ulteriore e significativo riconoscimento.

La presente ricerca intende muovere i primi passi proprio da quest'ultimo assunto, constatando come il nucleo di principi che la dottrina riconduce tradizionalmente allo svolgimento del procedimento amministrativo si sia arricchito nel corso degli anni. Tra le cause principali, non è negabile, hanno giocato un ruolo significativo le esperienze maturate in seno ai Tribunali nazionali, che hanno attribuito significato concreto – talora sciogliendo nodi interpretativi di portata non

trascurabile – all’impianto normativo originariamente predisposto nel 1990^[2]. Al tempo stesso però, grande influenza ha avuto il processo di integrazione europea, che ha condotto progressivamente le principali fattispecie procedurali ad assimilarsi.

L’intenzione, pertanto, è quella di svolgere un’analisi comparata^[3], da suddividersi lungo l’arco di quattro direttrici: quella che generi un raffronto tra l’uno, l’ordinamento amministrativo europeo, e l’altro, quello italiano. Quella che induca ad una desunzione, discendente da quell’esame, delle differenze che permangono tra le due sfere. Ma anche, e soprattutto, dei punti di contatto. Poi, quella che favorisca una declinazione dell’intera analisi all’interno del paradigma dei principi generali del procedimento amministrativo italiano. Infine, ma non meno importante, avendo riportato il discorso dei principi a livello nazionale, quella che offra brevi cenni alle nuove elaborazioni giurisprudenziali, in particolare quelle generate successivamente al 2005.

Il tutto, fondato sull’opinione di fondo per cui tra le due sfere ordinarie – ed i loro principi – si possa individuare oggi non più semplicisticamente un rapporto di causa ed effetto. Piuttosto, una struttura articolata e complessa, nella quale le dinamiche evoluzionistiche si intrecciano, producendo un’integrazione destinata a divenire, nel futuro prossimo, assimilazione e, nel futuro più lontano, identità^[4].

2.1 I principi procedurali comuni al diritto amministrativo europeo e nazionale. I principi attinenti all’esercizio congiunto delle funzioni comunitarie

Per quanto riguarda l’insieme dei principi procedurali comuni al diritto amministrativo europeo ed italiano si possono individuare due principali gruppi di principi procedurali. Il primo comprende quelli che operano in riferimento all’esercizio congiunto delle funzioni comunitarie caratterizzati dalla comunione di funzioni. Il secondo gruppo attiene invece l’organizzazione amministrativa comunitaria e, più specificamente, la disciplina delle organizzazioni comuni alle autorità sovranazionali ed interne^[5]. Entrambi, con modalità e logiche differenti, contribuiscono allo sviluppo di un sistema integrato tra procedure amministrative.

Nella prima categoria operano quei principi che più da vicino informano l'esercizio dell'azione amministrativa[6], mutuabili sia dalle norme del Trattato sia dall'elaborazione giurisprudenziale generata dalla Corte di giustizia. Dunque, in particolare i principi di buona amministrazione procedurale, in cui si comprendono quattro diversi istituti: il diritto di accesso ai documenti dei poteri pubblici comunitari (originariamente oggetto di un apposito Codice di condotta di Commissione e Consiglio e successivamente costituzionalizzato attraverso l'inserimento nel Trattato comunitario). Il diritto ad essere ascoltati (contemplato dalla normativa di settore)[7]. L'obbligo di motivazione (disciplinato dal Trattato comunitario all'articolo 253 ed ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia[8]) ed il *duty of care*, ovvero l'obbligo di svolgere un'istruttoria imparziale e diligente che raccolga e valuti tutte le circostanze fattuali e giuridiche pertinenti[9].

È peraltro interessante verificare in che modo e con quale intensità questi principi hanno trovato accoglimento presso i procedimenti amministrativi nazionali. La buona amministrazione procedurale ha costituito infatti un tema portante in quei Paesi, come l'Italia, che sono giunti relativamente tardi alla definizione legislativa del procedimento. In questo senso l'integrazione europea ha giocato un ruolo fondamentale, perché ha influenzato profondamente le scelte del legislatore. Ha, inoltre, determinato un progressivo e costante assorbimento dei nuovi principi da parte della giurisprudenza prima, e del legislatore poi[10].

2.2 Segue. I principi in materia di organizzazione

Alla seconda categoria appartengono, come si è detto, quei principi che esercitano un riflesso in materia di organizzazione. Tra tutti, massima rilevanza merita anzitutto il principio di legalità[11], il cui fondamento normativo suole rinvenirsi nell'articolo 164 del Trattato istitutivo, laddove affida alla Corte di giustizia il compito di "assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione".

L'imposizione di un'azione amministrativa conforme al dettato del legislatore ha trovato basi solide nei singoli Stati, pur se in ragione di motivazioni diverse. In Paesi come la Germania, il procedimento amministrativo ha rappresentato uno sviluppo dello Stato di diritto, "nella misura in cui esso attribuisce una dimensione procedimentale al principio di legalità della pubblica amministrazione"[12].

Altrove, ad esempio in Francia, l'applicazione del principio è stata favorita in particolare dalla giurisprudenza. Questa ha saputo vincolare il potere esecutivo al rispetto del dettame democratico, influenzando in modo significativo tutti gli altri governi, tra cui quello italiano. Con la significativa differenza che questi hanno per lo più recepito il principio di legalità in leggi generali sul procedimento mentre la Francia ha lasciato che fosse il giudice a garantirne l'applicazione.

Poi, il principio di imparzialità, che sancisce la separazione e la neutralità dell'amministrazione rispetto alla politica[13], che è venuto acquisendo un'importanza crescente negli ultimi anni, appunto in ragione del processo di integrazione. Infatti, garantendo la separazione attraverso l'imposizione del rispetto di criteri di massima precedentemente fissati, o già seguiti in casi analoghi, conforma tra loro i suddetti principi e l'operato amministrativo della Comunità. In tal senso è stato fondamentale il contributo di Paesi come la Spagna che, forti di un'antica tradizione procedimentale alle spalle, da sempre individuano nell'operato imparziale una garanzia essenziale del procedimento amministrativo.

Un terzo principio, di proporzionalità, è derivato direttamente dall'interpretazione dottrina tedesca, in virtù del quale le istituzioni comunitarie non possono imporre obblighi e restrizioni agli amministrati in misura superiore a quella strettamente necessaria a quella finalizzata alla realizzazione degli interessi pubblici loro affidati[14].

Anche qui si possono svolgere due considerazioni. Il fatto anzitutto che questo costituisca un esempio evidente del recepimento comunitario dei principi nazionali. Al tempo stesso, con riguardo ai singoli procedimenti amministrativi, le diverse modalità con le quali è stato disciplinato. In Italia ad esempio la proporzionalità si è legata all'esercizio discrezionale di potere amministrativo, fornendo al giudice un metro di valutazione per l'eccesso di potere.

Infine, il principio di sussidiarietà (enunciato dall'articolo B del Trattato sull'Unione) che, imponendo l'intervento di quel potere in grado di assicurare la realizzazione più efficace degli obiettivi comuni,

inevitabilmente incide sulla ripartizione dei compiti tra diversi livelli di amministrazione e sulle relative modalità di svolgimento^[15].

Va aggiunto che il principio, nella sua accezione “orizzontale”, ha operato nel senso di una delimitazione della sfera pubblicistica a fronte di quella privata. Come osserva la dottrina^[16], ciò è alla base delle tendenze nazionali alla progressiva liberalizzazione di attività soggette ad un forte condizionamento pubblico, nonché alle tendenze alla semplificazione dei procedimenti amministrativi.

Tralasciando le considerazioni di specie, si può senz'altro affermare che il nucleo dei principi sinteticamente evidenziato permette di giungere ad una prima, importante, conclusione: il diritto amministrativo comunitario e quello dei singoli Stati procedono di pari passo, perché operano sulla base di principi comuni. Essi cioè determinano una “convergenza verticale”^[17] tra *standards* procedurali che accorciano le distanze tra Commissione e cittadini, avvicinando l'una agli altri, e viceversa.

3.1.1 I principi dell'ordinamento amministrativo italiano e le modifiche introdotte dalla legge n. 15 del 2005. Il principio di trasparenza

Esaurita la prima direttrice, e con essa la seconda, inerente le modalità con cui l'integrazione europea ha indotto il legislatore italiano, al pari degli altri legislatori europei, ad adattare l'ordinamento ai principi della giurisprudenza della Corte di giustizia e dei Trattati, pur nella permanenza di talune significative differenze, è bene svolgere un approfondimento del sistema italiano. Questo, costituirà il terzo passaggio della ricerca.

In particolare, è necessario porre anzitutto l'attenzione sui cambiamenti che sono stati apportati dalla legge n. 15 del 2005. Limitando l'attenzione ai principi, che restano il tema centrale del discorso, si possono isolare due considerazioni.

La prima attiene l'introduzione del principio di trasparenza accanto a quelli già menzionati dalla disposizione: economicità, efficacia, pubblicità. Si tratta in realtà di un principio già pacificamente riconosciuto nell'ordinamento, in ragione sia dell'attività giurisprudenziale italiana e comunitaria sia dell'applicazione della disciplina sull'accesso, di cui costituisce un punto fermo.

Il principio comporta fundamentalmente la piena conoscibilità esterna del procedimento amministrativo, legandosi pertanto a tutte le ipotesi nelle quali si chiede la partecipazione dei soggetti, ed obbligando l'amministrazione a comunicare l'avvio del procedimento, o anche a motivare le ragioni che sono alla base del provvedimento stesso.

3.1.2 Segue. I principi di introduzione comunitaria

La seconda, e più significativa, considerazione ha riguardo all'articolo 1, e riprende il tema del recepimento di alcuni principi comunitari¹⁸¹. Così come per la trasparenza, anche in questo caso va detto che molti dei principi in questione sono stati in realtà già recepiti dalla giurisprudenza e non costituiscono dunque una grande novità. Del resto, già il comma 8, lettera c, della legge n. 59 del 1997 prevedeva la soppressione dei procedimenti amministrativi che fossero in contrasto con tali principi.

Tra quelli maggiormente innovativi se ne comprendono tre. Anzitutto il principio di proporzionalità, il cui impianto contenutistico è già presente nel nostro ordinamento in ragione del riconoscimento del principio di ragionevolezza (che impone all'amministrazione che agisca discrezionalmente di valutare la ragionevolezza della compressione della sfera giuridica del singolo) ma che, nella sua veste comunitaria, assume una nuova e più penetrante applicazione. In particolare, vincola le amministrazioni a non comprimere la sfera giuridica dei privati se non in presenza di giusti motivi.

Molto interessante è poi l'introduzione del principio di precauzione, che costituisce una significativa novità per il nostro ordinamento. Detto principio, che trova origine nei procedimenti comunitari posti a tutela dell'ambiente, consente all'amministrazione procedente di adottare provvedimenti (per lo più di natura restrittiva) laddove paventi il rischio di una lesione ad un interesse tutelato (quello alla cui tutela è preposta) anche in mancanza di un rischio concreto. In un secondo momento la stessa *amministrazione* dovrà accertare la sussistenza dei presupposti in virtù dei quali ha agito e confermare il proprio provvedimento o, al contrario, interromperne la produzione degli effetti. Interessanti saranno dunque i possibili sbocchi applicativi che il principio potrà avere nel nostro ordinamento, soprattutto al di fuori delle ipotesi legate alla tutela ambientale.

Ultimo, ma non meno importante, è il principio del legittimo affidamento. In buona sostanza, per il suo tramite si tutela il legittimo affidamento di un privato nei confronti di un atto posto in essere dall'amministrazione, obbligando quest'ultima ad indennizzarlo qualora decidesse di ritirare l'atto

dall'ordinamento e, di conseguenza, produrre un effetto sfavorevole sulla sfera giuridica del privato. L'ipotesi dell'indennizzo viene contemplata espressamente dal nuovo articolo 11 della legge sul procedimento (qualora l'amministrazione intenda recedere da un accordo precedentemente concluso, ovviamente in assenza di una causa adducibile al privato) e dall'articolo 21 *quinquies*, in tema di revoca, che prevede anch'esso l'indennizzabilità nel caso di lesione dei c.d. *vested rights*^[19].

3.2 I principi di derivazione giurisprudenziale e costituzionale. Principio di legalità, imparzialità e buona amministrazione

Accanto ai principi di derivazione comunitaria, si pongono i principi di tradizionale derivazione interpretativa. Si tratta, in particolare, del principio di legalità, del principio di imparzialità e del principio di buona amministrazione.

Il principio di legalità, secondo una definizione pacifica^[20], intende qualificare la corrispondenza dell'attività amministrativa alle prescrizioni poste dalla legge. Come tale, esso impone all'Amministrazione procedente di rispettare le procedure previste dalla legge ed i diritti dei soggetti coinvolti, che dalla legge vengono tutelati.

In altre parole, il principio di legalità^[21] – nella sua accezione più generale – impone all'attività amministrativa di seguire i fini determinati dalla legge, e si concreta nell'esigenza che quegli stessi atti amministrativi siano tipici e nominati. Tipici, in quanto espressamente previsti dalla legge. Nominati, poiché ammissibili solamente in presenza dei presupposti e dei motivi che la legge stessa si premura di indicare^[22].

La tipicità in particolare, corollario del principio di legalità, opera riguardo al contenuto ed alla funzione del provvedimento. Al contenuto, perché ogni provvedimento deve essere previsto espressamente dalla legge, rispondendo alla figura che questa struttura. Alla funzione, perché ciascun provvedimento deve estrinsecare un potere che la legge attribuisce già alla pubblica

Amministrazione. Deve cioè corredarsi di una causa tipica, come accade nel diritto privato per il negozio giuridico^[23].

Il principio di imparzialità, a sua volta, trova il suo fondamento nella Costituzione, negli articoli 3 e 97, affermando l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di svolgere la propria attività nel pieno rispetto della giustizia^[24].

Da ultimo, il principio di buona amministrazione è uno di quelli che ha trovato maggiori richiami nelle più recenti politiche legislative di riforma delle Amministrazioni pubbliche e dei servizi da queste erogati.

In particolare, si è invocata la buona amministrazione per qualificare, e giustificare, interventi tesi ad introdurre procedimenti informatizzati in sostituzione di quelli tradizionali^[25]^[26]; ristrutturare il pubblico impiego; destrutturare e decentrare le sedi logistiche dei Ministeri e delle Amministrazioni centrali^[26]. Più in generale, l'intero arco delle riforme amministrative ha potuto realizzarsi, senza peraltro giungere ancora ad estinzione, proprio grazie alla "malleabile" interpretazione offerta dal principio di buona amministrazione.

Senza dimenticare che a differenza del settore privato, dove l'esigenza di trasformazioni strutturali è una costante necessaria alla quale si legano l'esigenza di mantenere elevati livelli di competitività e, conseguentemente, di concorrenzialità sul mercato, i Governi hanno dovuto fronteggiare ostacoli significativi^[27]. Basti pensare, a titolo esemplificativo, alle conseguenze che sono derivate dalle dimensioni abnormi raggiunte da numerose strutture pubbliche ed alla difficoltà di coniugare la sfera degli interessi politici con quelli burocratici^[28].

Di conseguenza, nel corso di questo processo evolutivo, le ragioni che sono state poste a fondamento delle innovazioni nella gestione delle politiche pubbliche, sono state numerose ed hanno coinciso, volta per volta, con le principali difficoltà che si frapponivano tra l'ideologia riformatrice e la sua concreta attuazione. Tuttavia, se si restringe il campo della ricerca a quelle più

frequentemente ricorrenti^[29] ciascuna si dimostrerà riconducibile proprio al principio di buona amministrazione. Tra queste, soprattutto la motivazione costituita dalla definitiva maturazione della volontà politica di dare vita a riforme concrete nel settore pubblico^[30]. La crisi da cui fu investito il sistema politico italiano nei primi anni Novanta condusse infatti all'esigenza di rinnovare, assieme alla classe politica, anche quella dirigenziale e, più in generale, l'immagine della Pubblica Amministrazione, divenuta l'emblema del malgoverno precedente. Fu in particolare il Rapporto sulle condizioni delle Pubbliche Amministrazioni, pubblicato dal Dipartimento della Funzione Pubblica nel 1993, a dare un quadro della crisi ed a costituire, al tempo stesso, il punto di partenza per il rinnovamento^[31]. Benchè infatti quest'ultimo non fosse il primo documento a svolgere un'analisi così complessa – ed, anzi, vantasse precedenti illustri^[32] – fu il primo ad offrire un quadro dettagliato ed approfondito della situazione. Il rapporto, riteneva il primo pacchetto delle riforme uno strumento determinante per il ritorno ai principi di buona amministrazione.

3. La giurisprudenza successiva al 2005 nel recepimento dei nuovi (e vecchi) principi dell'azione amministrativa

Brevi considerazioni conclusive meritano di essere svolte con riferimento alla giurisprudenza nazionale in tema di principi dell'azione amministrativa. In verità, un'analisi complessiva, che avesse considerato anche le pronunce del giudice comunitario, per quanto interessante avrebbe chiesto uno spazio superiore a quello consentito. Parimenti, un approfondimento della giurisprudenza antecedente al 2005 avrebbe impedito alla ricerca di concludersi in poche ed essenziali considerazioni, com'era nelle intenzioni.

Si è deciso pertanto di operare brevi cenni a quelle sentenze che sono parse maggiormente in linea con l'applicazione dei nuovi principi esposti nella legge n. 241 ed, in parte, con quelli già noti al nostro ordinamento. Il richiamo va anzitutto alla giurisprudenza in tema di certezza temporale del procedimento, le cui previsioni recepiscono il principio di buona amministrazione e, *latu sensu*, quello di legalità. In tema, va ricordato che le modifiche legislative del 2005 hanno inciso sull'art.2

della legge n. 241 limitatamente alla modifica del termine residuale per la conclusione dei procedimenti, che è stato portato a 90 giorni e, soprattutto, sembrerebbero aver ristretto la portata precettiva della norma alle sole amministrazioni statali, escludendone l'operatività, quanto alle modalità di individuazione del termine finale, ad esempio, per le amministrazioni locali e regionali.

In tema di termine per la conclusione del procedimento, si segnala un orientamento giurisprudenziale, tendenzialmente prevalente, che ha affrontato il problema relativo alla legittimità del provvedimento emanato dall'Amministrazione successivamente alla scadenza del termine fissato per la conclusione del procedimento^[33], concludendo per la legittimità dello stesso in quanto l'Amministrazione non perde, comunque, il potere di provvedere. L'unica conseguenza che può derivare da tale comportamento è la formazione dell'inadempimento procedimentale, impugnabile dall'interessato attraverso la formalizzazione del cd. silenzio-rifiuto, ovvero un'eventuale ipotesi di responsabilità della PA da ritardo.

Un secondo problema riguarda l'istituto del silenzio ed il principio di legalità. La giurisprudenza si è chiesta se fosse possibile individuare le situazioni concrete in cui ravvisare, in capo all'Amministrazione, un obbligo giuridico di provvedere, anche al di fuori dei casi in cui vi sia una norma *ad hoc* che imponga tale obbligo^[34].

Copiosa, infine, la giurisprudenza in tema di accesso. In particolare la questione circa la sua qualificabilità a diritto soggettivo o interesse legittimo è significativa perché, secondo alcuni^[35], l'accesso dovrebbe addirittura considerarsi un principio dell'ordinamento amministrativo (non potrebbe pertanto qualificarsi come interesse legittimo).

4. Conclusioni

Ciascuno degli aspetti trattati meriterebbe ben altre riflessioni ed approfondimenti. L'intenzione di questo scritto non era tuttavia quella di concentrare i propri sforzi sulle numerose problematiche interpretative che si legano a ciascuno dei principi dell'azione amministrativa. Piuttosto, si voleva dimostrare come l'Amministrazione pubblica sia vincolata, oggi più di ieri, al rispetto di precise modalità di azione, proprio in ragione della sussistenza dei principi dell'ordinamento. Per tale

dimostrazione, si voleva riaffermare la prima (e forse unica) funzione dei principi: garantire il cittadino dai soprusi del potere pubblico e del suo esercizio.

L'obiettivo, seppur attraverso un *iter* eclettico, può dirsi raggiunto. Confidando nella volontà dei lettori per le necessarie ricerche di approfondimento, la certezza è quella di aver offerto un panorama senz'altro complesso, ma non altrimenti ipotizzabile. L'impianto garantistico del cittadino del XXI secolo richiede, infatti, più che mai l'affermazione solida e certa di principi, che ne presiedano la tutela e, per questa via, ne garantiscano l'esistenza.

[Gianluca Squeo](#)

[¹] In questa sede si affronteranno solamente una minima parte delle significative modifiche attribuite al procedimento amministrativo dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15. Per gli ulteriori approfondimenti si rimanda alla lettura di CERULLI IRELLI V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, in *Astrid Rassegna*, 2005, IV, pag. 1: "Le principali innovazioni si possono raggruppare in quattro serie. Anzitutto quelli che riguardano i principi generali dell'azione amministrativa, e i rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, e quindi l'utilizzabilità dell'una o dell'altra disciplina nell'esercizio dell'amministrazione. In secondo luogo, quelle che riguardano il procedimento, in quanto tale, e le modalità della sua conclusione; (...). In terzo luogo, le norme che riguardano i procedimenti di secondo grado, la disciplina della efficacia e della esecuzione del provvedimento, la disciplina dell'invalidità. (...) In quarto luogo, la nuova legge riscrive la disciplina dell'accesso.

[²] Prima del 1990 non esisteva, nell'ordinamento italiano, una legge che disciplinasse il procedimento amministrativo. Di conseguenza, anche l'affermazione dei principi generali era lasciata agli orientamenti interpretativi dei giudici amministrativi. Le poche garanzie procedurali concesse agli interessati erano quelle che prevedeva la legge abolitrice del contenzioso amministrativo (legge n. 2248 del 1865, allegato e). Questa infatti, nell'abolire ogni forma di tutela giurisdizionale per l'interesse legittimo (successivamente ripristinata già a partire dal 1889, con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato) aveva previsto un dovere di motivazione in capo

all'amministrazione, nonché la possibilità per gli interessati di presentare documenti in seno al procedimento che fossero pertinenti allo stesso.

[3] Per la migliore definizione di comparazione, e per un prezioso approfondimento della materia, nei suoi termini più generali, si rimanda ad uno dei maestri, PIZZORUSSO A., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998

[4] Per ulteriori approfondimenti sul processo di integrazione europeo (e globale) in campo amministrativo si rimanda alla lettura di CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, pagg. 163-185, che traccia un profilo complessivo delle riforme subite dal diritto amministrativo, soffermandosi in particolare sulla "europeizzazione" delle amministrazioni pubbliche. Secondo l'autore, questa tendenza imposta dalla Comunità europea avrebbe prodotto, da un lato, l'adattamento interno delle amministrazioni nazionali al nuovo organismo sovranazionale e tuttavia, al tempo stesso, alla ricerca di idonei strumenti per influenzare le decisioni comunitarie; CHITI, M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, pag. 403: "Il tema del procedimento amministrativo europeo è stato inizialmente poco considerato nel quadro giuridico della Comunità europea. Le ragioni della scarsa attenzione sono in parte le medesime che anche negli ordinamenti nazionali hanno a lungo posto in secondo piano il procedimento amministrativo; in altra parte sono connesse agli specifici tratti del sistema comunitario"; GUALMINI, E., *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Bari, 2003. L'autrice offre infatti una panoramica complessiva sull'evoluzione subita dalle strutture amministrative di cinque grandi democrazie contemporanee: Stati Uniti, Inghilterra, Francia, Spagna, Germania e Italia. Consente dunque di avere chiare le ragioni di fondo che sono alla base del processo di mutazione e, per certi versi, di integrazione. Nello specifico poi si sofferma sulla tematica delle procedure amministrative, offrendo tutte le considerazioni necessarie ad una migliore comprensione del discorso in oggetto: quello attento ad una logica comparativista.

[5] Una classificazione parzialmente diversa è quella operata da CHITI, E., FRANCHINI, C., GNES, M., SAVINO, M., VERONELLI, M., *Diritto amministrativo europeo – casi e materiali*, Milano, 2005, pag. 127 ss., in virtù della quale si danno tre principali categorie: "La prima comprende i principi stabiliti nei Trattati e nel diritto derivato, nonché quelli di formazione giurisprudenziale, applicabili alla procedura che si svolge in sede comunitaria. La seconda è composta dalle fonti nazionali che regolano le sequenze nazionali del procedimento misto. Vi sono, poi, norme e principi giurisprudenziali europei desunti dai principi comuni agli Stati membri che disciplinano i procedimenti amministrativi nazionali". Sulla questione si sofferma anche DELLA CANANEA, G., *I procedimenti amministrativi della comunità europea*, in CHITI, M.P., GRECO, G., *Trattato di diritto*

amministrativo europeo, Milano, 2003, pag. 226 ss., il quale sostiene che non esista un esauriente catalogo di questi principi, ma che, con un buon margine di approssimazione, li si possa distinguere tra principi aventi un fondamento nella codificazione normativa; principi desumibili dalle norme dettate dalle istituzioni europee, e principi elaborati dall'attività giurisprudenziale.

[6] Rilevano significativamente CHITI, E., FRANCHINI, C., *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, pag. 107: "...le regole di carattere generale dell'azione amministrativa (...) non possono farsi discendere né dalle stesse normative settoriali riconducibili ai modelli della coamministrazione e dell'integrazione decentrata, non omogenee sotto il profilo procedimentale, né da una normativa comunitaria sul procedimento amministrativo, generale o relativa ad alcuni principi, della quale, come noto, l'ordinamento europeo è privo".

[7] Per una panoramica completa di questo diritto, si veda BIGNAMI, F., *Tre generazioni di diritti di partecipazione*, in CASSESE, S., BIGNAMI, F., *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, pagg. 87 ss.

[8] Cfr. CHITI, M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, pag. 415: "Fin dalla prima giurisprudenza comunitaria (...) l'obbligo di motivazione è stato considerato un elemento sostanziale del diritto procedimentale dello Stato di diritto (...). Il requisito è particolarmente enfatizzato, garantendo ulteriormente il diritto alla difesa nel caso dei provvedimenti sfavorevoli od a riferimento soggettivo specifico".

[9] L'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia di questo fondamentale principio è quella dell'applicabilità assoluta, a prescindere cioè dalla presenza di previsioni legislative o della sussistenza di un rapporto diretto tra cittadino ed amministrazione comunitaria. Al riguardo, interessanti osservazioni vengono svolte da DELLA CANANEA, G., *I procedimenti amministrativi della comunità europea*, in CHITI, M.P., GRECO, G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2003, pag. 230: "...il principio di buona amministrazione assume una duplice valenza. Da un lato, viene fatto valere come obbligo di perseguimento dell'efficiente ed efficace impiego delle risorse finanziarie erogate dalla Comunità (art. 188E e 205). Dall'altro, viene inteso come vincolo al rispetto delle diverse fasi in cui si articola il procedimento, sicché è illegittimo iniziare quella successiva, se la fase precedente non si è ancora conclusa ovvero non sono decorsi i termini per il suo svolgimento, per esempio se si tratta di una fase consultiva".

[10] Per le ulteriori considerazioni si rimanda alle pagine che seguono, ove si offrirà una trattazione più dettagliata del principio di buona amministrazione nel contesto nazionale.

[11] Cfr., in senso critico, CHITI, M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, pag. 410: "Per la circostanza che il principio di legalità è l'unico principio veramente comune a tutti gli Stati membri, e

per la sua centralità nella costruzione dell'ordinamento comunitario, è dato per pacificamente acquisito malgrado nel diritto comunitario non siano precisate con nitore simile a quello degli ordinamenti nazionali alcune nozioni chiave come legge, attività esecutiva, atto amministrativo". Si veda anche FRANCHINI, C., *I principi applicabili ai procedimenti*, in CASSESE, S., BIGNAMI, F., *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, pag. 284: "...questo, d'altra parte, viene ormai interpretato dal giudice comunitario come sottoposizione dell'amministrazione non specificamente alla legge, ma al diritto in generale".

[¹²] WEBER, A., *Il procedimento amministrativo in Germania*, in SANDULLI, M.A., *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, 2000, pag. 37.

[¹³] Cfr. PICOZZA, E., *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, pagg. 1209-1241, secondo cui si consentirebbe, tramite esso, di assicurare la piena concorrenzialità e, di conseguenza, l'effettività del mercato unico.

[¹⁴] In merito al recepimento di questo ed altri principi ad opera del legislatore italiano si confronti CERULLI IRELLI, V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, in *Astrid Rassegna*, 2005, IV pag. 3: "...in diritto comunitario, il principio acquista una forte accentuazione circa il rispetto delle posizioni dei soggetti privati a fronte di esigenze di intervento pubblico. Esso guarda più all'esigenza di non limitazione, se non nei casi di stretta necessità, della libertà dei privati, piuttosto che all'esigenza della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico". Cfr. anche DELLA CANANEA, G., *I procedimenti amministrativi della comunità europea*, in CHITI, M.P., GRECO, G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2003, pag. 228: "Il principio di proporzionalità richiede che le potestà conferite ed esercitate dalle istituzioni pubbliche siano idonee al raggiungimento degli scopi perseguiti dalla Comunità che risultino necessarie e non eccessive rispetto a tali scopi". Interessanti osservazioni le svolge poi CHITI, M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, pag. 412: "...il principio di proporzionalità riguarda i limiti dell'azione dell'Unione rispetto a quella degli Stati; ma ovviamente il principio non si esaurisce qua, potendo rilevare come criterio dell'azione amministrativa nei rispetti della sfera dei soggetti coinvolti". Pertanto, prosegue l'autore, l'applicabilità del principio si estende progressivamente anche a quei Paesi dove erano stati elaborati originariamente altri principi, simili ma meno estesi. L'esempio è quello del principio di *unreasonableness*, operante nel Regno Unito ed oggi arricchito contenutisticamente dall'apporto teorico del principio di matrice comunitaria.

[15] Cfr. CASSESE, S., *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Il Foro Italiano*, 1995, V, pagg. 374-378

[16] In particolare, CHITI, M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, pag. 414 ss.

[17] L'espressione è usata da CASSESE, S., *Il procedimento amministrativo europeo*, in CASSESE, S., BIGNAMI, F., *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, pag. 48: "L'effetto (...) è stato indicato come convergenza verticale".

[18] Come tali si devono intendere in particolare quelli elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità Europea, nonché quelli recepiti in via generale dall'art. II, comma 101, della Costituzione Europea che disciplina il diritto ad una buona amministrazione.

[19] Cfr. CERULLI IRELLI V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa, Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Astrid Rassegna*, IV, 2005, pag. 25: "...forti limitazioni sussistono alla rimozione (da intendersi comprensiva anche della revoca *ex nunc*) di precedenti provvedimenti che hanno costituito in capo a terzi situazioni di vantaggio (*vested rights*)".

[20] Si veda, in proposito CARINGELLA F., *Il diritto amministrativo*, Napoli, 2004, pagg. 560 ss., ove si qualificano approfonditamente le tre modalità interpretative che lo connotano. Qualificate dall'autore come legalità in senso debolissimo, debole e forte.

[21] Così come nel caso delle fonti del diritto, anche per il principio di legalità la produzione interpretativa è notevole. Qui, tuttavia, interessa esclusivamente averne una concezione generale, attenta ai profili garantisti dello stesso. Per approfondimenti si suggerisce la lettura di CARINGELLA F., *Il diritto amministrativo*, Napoli, 2004, pagg. 560 ss.

[22] Cfr. sul principio di tipicità CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, pag. 9: "Nella sua accezione più ampia, il principio di legalità comporta il rispetto della tipicità e nominatività degli atti (possono essere emanati solo gli atti espressamente previsti dalla legge e solo in presenza dei presupposti e per i motivi da questa indicati, per cui non sono ammessi atti misti o innominati)".

[23] La causa di un atto amministrativo costituisce una spetto controverso in dottrina. Non tutti gli autori infatti concordano nel considerare la causa come un requisito del provvedimento. Su tutti, si veda VIRGA P., 2001, ove sostiene che la causa costituirebbe in realtà un elemento caratterizzante lo stesso potere amministrativo, in ragione del quale quello dovrebbe essere esercitato. In particolare l'esercizio di potere discrezionale dovrebbe rispondere, secondo l'autore, alla causa per cui il legislatore ha attribuito quella facoltà di scelta all'amministrazione.

[24] V. CARINGELLA F., *Il diritto amministrativo*, Napoli, 2004, pag. 561: “Si comprende, evidentemente, che la imparzialità va intesa anzitutto come equidistanza tra più soggetti pubblici o privati che vengono in contatto con la P.A.; ma deve necessariamente intendersi anche come capacità del responsabile del procedimento, nell’esperimento delle proprie funzioni, di raggiungere un grado di astrazione tale da far prevalere l’interesse pubblico solo se necessario o dopo una attenta ponderazione delle posizioni e dei valori di cui si fanno portatori coloro che si trovino in potenziale conflitto con la P.A. agente”.

[25] L’esigenza di informatizzare l’attività amministrativa per conseguire risultati più efficienti non è certamente una novità recente. Da anni ormai gli scienziati dell’amministrazione sottolineano i vantaggi del cd. *e-government*. Per una esposizione generale sul tema, con particolare attenzione al caso italiano, si veda NATALINI A., *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, 2006, pag. 149: “L’innovazione amministrativa poggia su quella tecnologica. Questo legame è stato evidenziato alla fine degli anni Settanta dal rapporto Giannini” ; FARNHAM D., HONDEGHEM A., HORTON S., *Staff participation and public management reform. Some international comparisons*, Basingstoke, New York, 2005, pag. 9: “The impact of information and communication technologies (ICTs) is profoundly affecting science, politics, democracy, education, culture and not least public management systems. Many public management reforms would not have been possible without the technological means to carry them through (...)” ; DI PAOLO A., *La riforma dell’amministrazione pubblica italiana attraverso l’applicazione dei principi del New Public Management*, in *L’amministrazione italiana*, 2006, VII-VIII, pag. 992: “La riforma dell’amministrazione pubblica italiana (...) solo negli ultimi anni ha ottenuto una forte accelerazione evolutiva nell’operatività gestionale e organizzativa. Le motivazioni di questa accelerazione possono essere individuate in una serie di concause tra le quali: la presenza sul mercato di tecnologia a costi sempre più bassi; lo sviluppo dell’*e-government*; una conoscenza diffusa, curata anche per interesse di tipo personale e non solo lavorativo, dell’utilizzo degli strumenti informatici e un abbattimento del *digital divide* esistente tra i dipendenti e/o uffici all’interno delle aziende e degli enti” ; CARINGELLA F., *Il diritto amministrativo*, Napoli, 2004, pag. 737: “Il processo di informatizzazione, inteso quale applicazione sempre più diffusa dell’elaboratore elettronico nei processi di produzione e nei rapporti sociali, ha fatto ingresso, seppur in ritardo, anche nella pubblica amministrazione. La dottrina ha elaborato a tale proposito il concetto di teleamministrazione, vale a dire attività avente pieno valore formale, svolta dalla pubblica amministrazione a mezzo di terminali collegati ad un centro di elaborazione dati”. Riassunto per sommi capi, il processo di informatizzazione dell’Amministrazione italiana dal 1993 al 2005 si è strutturato lungo quattro tappe principali. Nel 1999, con l’articolo 4, comma 2, del D.Lgsvo

n. 300, con il quale si è stabilito che tutti i Ministeri i quali si avvalgono dei propri sistemi informativi automatizzati sono tenuti ad assicurare l'interconnessione con i sistemi analoghi delle altre amministrazioni centrali e locali per il tramite della "Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione". Nel 2000, con l'articolo 36 del D.P.R. n. 445 (successivamente modificato dal D.Lgsvo n. 10 del 2002) che ha dettato le norme di principio per il rilascio della carta d'identità e di altri documenti di riconoscimento su supporto magnetico e informatico. Con la legge di semplificazione del 2001, il cui art. 10 ha previsto una delega al Governo per il coordinamento ed il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di società dell'informazione. Infine, nel 2003, con l'art. 176 del D.Lgsvo n. 196, che istituisce il CNIPA (Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione) per favorire l'integrazione e l'interconnessione dei sistemi informativi delle Amministrazioni Pubbliche, anche attraverso l'emanazione di norme tecniche e criteri per la progettazione, la realizzazione e la gestione dei sistemi informativi automatizzati pubblici. Giungendo ai più recenti D.Lgsvo n. 42 del 2005 D.Lgsvo n. 82 del 2005, che hanno inaugurato la seconda fase del processo di informatizzazione introducendo, rispettivamente, il "Sistema pubblico di connettività" ed il "Codice dell'amministrazione digitale".

^[26] Per un approfondimento sulle riforme amministrative in Italia, dai primi anni Novanta ad oggi, si vedano in particolare ARALDI A., *Pubbliche amministrazioni, qualità dei servizi e gradimento dei cittadini*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2004, XXIII-XXIV, pagg. 2601 ss. ; MERCATI L., *Efficienza*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, pagg. 2146: "La definitiva emersione dell'efficienza quale fondamentale criterio dell'organizzazione e dell'attività amministrativa avviene con le riforme amministrative degli anni Novanta" ; SAVINO M., *Le riforme amministrative*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pag. 2169: "L'età delle riforme amministrative, in Italia, presenta due caratteristiche fondamentali. Innanzitutto, inizia solo nei primi anni Novanta (...). Inoltre, è segnata dal sovrapporsi di diversi percorsi e diverse finalità (...)" ; CASSESE S., *L'età delle riforme amministrative*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, I, pag. 79: "Riforma amministrativa indica una serie di interventi, promossi dal corpo politico o da quello amministrativo, per adattare le pubbliche amministrazioni al cambiamento economico e sociale" ; CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, pag. 6: "(...) a partire dalla fine degli anni Ottanta si è messa mano alla stagione delle riforme, ispirata all'esigenza di dettare i rimedi più idonei a produrre rapidi risultati, in attesa di un non facile e non veloce riprostito della moralità pubblica" ; NATALINI A., *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, 2006, pag. 20: "All'inizio degli anni Novanta le riforme amministrative hanno acquistato improvviso rilievo. A ciò hanno contribuito a far loro assumere un

posto di riguardo nell'agenda dei Governi che si sono susseguiti alla guida del paese, ma, dall'altro lato, ne hanno determinato gli obiettivi, la conformazione, i contenuti". Per la dottrina straniera valgono le osservazioni che svolgono FARNHAM D., HONDEGHEM A., HORTON S., *Staff participation and public management reform. Some international comparisons*, Basingstoke, New York, 2005, pag. 10: "The reform movement appeared first in Anglo-Saxon countries and then spread to continental Europe during the 1980s and 1990s. After the collapse of communism in 1989 it spread to eastern European countries. The reforms that have been taken place have had a number of common political purposes".

[27] V. CASSESE S., *L'età delle riforme amministrative*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, I, pag. 79: "Si tratta di interventi che non hanno riscontro nel settore privato, dove, infatti, il termine riforma è sconosciuto, mentre sono usati quelli di cambio o trasformazione, e l'adattamento al mercato e all'ambiente circostante avviene in modo continuo".

[28] In merito, CASSESE S., *L'età delle riforme amministrative*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, I, pag. 79: "Il caso è particolarmente evidente al momento del cambiamento della maggioranza di governo. Se la nuova maggioranza vuole evitare di governare con gli strumenti propri della maggioranza che l'ha preceduta, deve cambiare in fretta gli strumenti amministrativi di cui dispone".

[29] Non tutti gli autori concordano su questo punto. Ad esempio FARNHAM D., HONDEGHEM A., HORTON S., *Staff participation and public management reform. Some international comparisons*, Basingstoke, New York, 2005, pagg. 3 ss., ne individuano 6: economic change; social change; technology; cultural change; management ideas e legal variables.

[30] Questo aspetto viene posto in particolare evidenza da SAVINO M., *Le riforme amministrative*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pag. 2276 ss., laddove si riconduce la prolungata inerzia degli esponenti della classe politica in alla mancanza di determinazione ed alla conseguente prevalenza delle politiche conservatrici.

[31] Si confronti, in merito, RIGHETTINI M.S., *Elementi di scienza dell'amministrazione. Appunti sul caso italiano*, Roma, 2005, pag. 38: "Il Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni (...) dà un quadro realistico delle condizioni della crisi: esso è il risultato di una intensa attività di studio e analisi delle disfunzioni di cui soffre il sistema amministrativo italiano alla vigilia della bufera giudiziaria".

[32] Il precedente più significativo è costituito sicuramente dal Rapporto Giannini del 1979, che sintetizzava i principali problemi dell'amministrazione italiana e proponeva dei rimedi adeguati. Tuttavia, la legge quadro sul pubblico impiego del 1983, che avrebbe dovuto recepirne il contenuto,

finì per disattenderlo, mancando di introdurre innovazioni sostanziali nei principi organizzativi e negli assetti del pubblico impiego. Per un approfondimento si veda RIGHETTINI M.S., *Elementi di scienza dell'amministrazione. Appunti sul caso italiano*, Roma, 2005, pagg. 46 ss. ; D'AURIA G., *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, IV, pagg. 1211 ss., laddove, nello svolgere una disamina complessiva sul ruolo di Giannini nello sviluppo delle politiche pubbliche italiane, ci si sofferma sull'importanza dell'omonimo rapporto che poneva in evidenza in particolare l'arretratezza delle tecniche di amministrazione e l'opportunità di applicarvi l'utilizzo delle tecnologie già in uso nel settore privato ; SAVINO M., *Le riforme amministrative in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, II, pag. 435: "Fino agli anni Ottanta, le iniziative di riforma, suggerite da autorevoli studiosi o da commissioni di studio o intraprese da piccoli gruppi di funzionari, raramente si sono tradotte in leggi e, ancora meno frequentemente, in cambiamenti effettivi della realtà amministrativa italiana".

[33] T.A.R. Lazio, sez. II, 14 giugno 2005 n. 4876.

[34] Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975 (fattispecie particolari in cui ragioni di giustizia ed equità impongono l'adozione di un provvedimento). In materia di repressione di abusi edilizi si vedano Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2004, n. 677; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 26 gennaio 2005 n. 578; T.A.R. Liguria, 28 gennaio 2004 n. 104.

[35] In tal senso, un copioso orientamento giurisprudenziale propendeva per la qualificazione dell'accesso in termini di interesse legittimo, atteso il termine perentorio previsto per il ricorso giurisdizionale avverso le determinazioni della PA in tema di accesso. Tuttavia, nonostante il precedente illustre, si sono avute pronunce tendenti a qualificare l'accesso come vero e proprio diritto soggettivo. Con la riforma del 2005, la modifica incisiva sulle disposizioni relative all'accesso ha spinto il Consiglio di Stato a riportare alla ribalta la questione della natura del cd. diritto di accesso, propendendo per la qualificazione in termini di diritto soggettivo.

DIRITTO AMMINISTRATIVO**IL rapporto tra il preavviso di rigetto (art. 10 bis legge n. 241/1990) e la sanatoria dei vizi dell'atto amministrativo (art. 21 octies legge n. 241/1990) secondo il T.A.R. Puglia e la giurisprudenza amministrativa***Gianluca Sgueo*

1. Lo svolgimento dei fatti – 2. L'art. 10 bis. Brevi considerazioni sulla partecipazione dei privati al procedimento – 3. L'art 21 octies e la salvaguardia dell'atto amministrativo irregolare – 4. Il rapporto tra le contrapposte esigenze: garantismo (art. 10 bis) o economicità decisionale (art. 2 octies)? – 5. Conclusioni

1. Lo svolgimento dei fatti

Il giudice amministrativo di prime cure, nella sentenza n. 2125 del 28 maggio 2006, dirime una complessa questione interpretativa inerente il rapporto tra due istituti di recente introduzione nella disciplina del procedimento amministrativo³⁶. Nel dettaglio, la seconda sezione del T.A.R. Puglia opera seguendo due diversi criteri valutativi, tra loro collegati. Sviluppa, anzitutto, una linea interpretativa di natura estensiva con riguardo al contenuto dell'art. 10 *bis* della Legge 7 agosto 1990, n. 241 (d'ora in avanti: L. 241/90). Addiviene poi, derivandola da quella, ad un restringimento del campo di operatività dell'art. 21 *octies* della medesima legge. In particolare, specifica che la funzione sanante da questo introdotta nei confronti dell'atto amministrativo di cui si sia omessa la comunicazione verso gli interessati (ma che, tuttavia, presenti un contenuto non diverso da quello che avrebbe avuto qualora si fosse provveduto ad assolvere l'onere di comunicazione) deve interpretarsi in modo restrittivo. Tale sanatoria, pertanto, non può legittimamente estendersi ad ipotesi di omissione

³⁶ Si tratta della L. 11 febbraio 2005, n. 15, titolante "Modificazioni ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente norme generali sull'azione amministrativa", pubblicata in G.U. n. 42 del 21 febbraio 2005

comunicativa assimilabili, ma non identiche. Tale è, appunto, il caso in esame, in cui la mancata comunicazione riguarda il preavviso di rigetto.

Così i fatti: la ricorrente, società a responsabilità limitata la cui denominazione sociale risponde a “Serenissima”, l’08 novembre 2000 presentava un’istanza per il rilascio di una licenza per lo svolgimento di attività di vigilanza privata nel territorio di Bari e provincia. Il 30 gennaio 2006 il Prefetto della Provincia di Bari – l’organo competente a pronunciarsi sulla richiesta – rigettava l’istanza con Decreto Prefettizio n. 151/16°/O.P.*bis*. La decisione veniva notificata all’istante pochi giorni più tardi, il 10 febbraio. L’istante, a fronte del diniego, presentava ricorso, notificandolo il 4 aprile all’amministrazione prefettizia, nella qualità di controinteressata, e depositandolo in cancelleria il 3 maggio. Tramite questo chiedeva al giudice l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia, del Decreto Prefettizio.

La questione principale che il Tribunale amministrativo si trova a dover risolvere riguarda la presunta violazione dell’art. 10 *bis* L. 241/90, per mancata comunicazione del preavviso di rigetto. In altre parole, lamenta la ricorrente, la circostanza secondo la quale l’amministrazione adita abbia omesso di comunicarle preventivamente l’intenzione di rigettare l’istanza, costituisce una violazione della norma richiamata e, più in generale, del diritto alla partecipazione al procedimento che, tra le altre, in quella norma si estrinseca.

L’amministrazione si difende invocando un’altra disposizione: l’art. 21 *octies* L. 241/90. Essa non nega l’esistenza di un vizio – appunto, l’omessa comunicazione dell’intenzione di rigettare l’istanza – ma ne contesta la rilevanza sostanziale. Poiché, si sostiene nelle memorie difensive, la decisione di concedere o meno la licenza non avrebbe subito mutamenti a seguito della produzione di ulteriori elementi probatori a favore dell’istante, il vizio che affligge l’atto non sarebbe tale da mutarne la destinazione e gli effetti concreti. Conseguentemente, l’atto è valido.

2. L’art. 10 bis. Brevi considerazioni sulla partecipazione dei privati al procedimento

Per comprendere appieno le motivazioni – invero piuttosto sintetiche – addotte dal giudice nella sentenza è opportuno svolgere una breve ricognizione preliminare sugli istituti interessati. Cominciamo dal cd. “preavviso di rigetto”, o, secondo la definizione datane dal legislatore del 2005, “comunicazione dei motivi ostativi dell’accoglimento dell’istanza”³⁷.

L’istituto presiede ad uno scopo fondamentale all’interno del procedimento amministrativo: garantisce la partecipazione diretta degli interessati al processo decisionale dell’amministrazione. Il coinvolgimento dei privati, nello specifico, si svolge a livello endo-procedimentale. Questo significa che, qualora l’amministrazione adita intenda rigettare la richiesta del privato, deve preventivamente comunicargli la sua intenzione, motivandola. L’interessato a questo punto ha due possibilità. Può accettare la decisione dell’amministrazione, limitandosi a non porre in essere ulteriori atti, riservandosi eventualmente la possibilità di proporre nuovamente istanza in un secondo momento. Altrimenti, può integrare la sua domanda iniziale con ulteriore documentazione a supporto, affinché l’amministrazione, presane visione, possa riconsiderare la propria posizione e mutare l’esito della decisione.

È da notare che, qualora si verifichi la seconda delle due possibilità descritte, l’amministrazione non è vincolata all’assunzione di una decisione diversa da quella iniziale. Tuttavia, dovrà motivare adeguatamente, tenendo conto di tutti gli elementi probatori introdotti dall’istante, la propria decisione conclusiva.

È chiaro dunque che l’istituto recepisce, e traduce, tre principali esigenze. Garantisce, anzitutto, la necessità di un procedimento trasparente³⁸. Favorisce, in secondo luogo, la

³⁷ Cfr. TARULLO S., *L’art. 10 bis della L. n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pag. 109: “In carenza di precedenti giurisprudenziali dovuti alla portata innovativa dell’istituto (...) è stato lo stesso legislatore del 2005 ad attribuire una denominazione alla figura, battezzata nella *rubrica legis* dell’art. 10 bis Comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza. Sennonchè, per brevità, appare preferibile impiegare dizioni più agili e sintetiche, quali preavviso di rigetto (dell’istanza), o (pre)avviso di provvedimento sfavorevole”.

³⁸ Cfr. Cfr. TARULLO S., *L’art. 10 bis della L. n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pag. 109: “Ad un primo approccio non può negarsi che essa costituisca una ulteriore manifestazione di quel principio di trasparenza che già pervadeva la stesura originaria della L. n. 241/90 e che trova oggi un esplicito riferimento testuale nel co. 1° dell’articolato, come modificato dall’art. 1 della novella”. In tal senso anche MICARI G., *Il preavviso di rigetto procedimentale, la “partecipazione nella partecipazione” e l’art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, VI, pagg. 1542 ss. L’autore, inoltre, sottolinea come l’istituto recepisca e traduca all’interno del procedimento il principio di buona fede procedimentale, “in un’ottica tanto garantista per l’interlocutore privato, quanto collaborativa (anche se tale finalità assume natura obiettiva, accessoria a quella, egoisticamente consapevole, di stampo garantista”.

deflazione del contenzioso. Risponde cioè all'esigenza di accrescere la funzionalità del procedimento, favorendo le possibilità di auto-correzione delle amministrazioni, e, di conseguenza, riducendo le ipotesi nelle quali il privato debba rivolgersi alla giustizia amministrativa per ottenere ragione. Infine, e soprattutto, il preavviso di rigetto garantisce un migliore dialogo tra l'amministrazione ed i privati. In questo senso si fa portatore della necessità di avvicinare l'esercizio delle funzioni pubbliche ai privati cittadini, permettendo loro di essere parte attiva nell'assunzione delle decisioni, e non più solamente destinatari delle stesse. Può dirsi quindi che l'istituto risponde all'esigenza di democraticizzazione del procedimento amministrativo, o, più in generale, del decisionismo pubblico.

3. L'art. 21 octies e la salvaguardia del provvedimento amministrativo irregolare

C'è una quarta funzione che svolge l'istituto del preavviso di rigetto, che deriva direttamente dalle prime tre: esso permette all'amministrazione di risparmiare tempo e denaro. Questa funzione, tuttavia, che resta latente nell'istituto esaminato, diviene invece preponderante in un altro articolo, anch'esso frutto delle modifiche legislative del 2005. Si tratta dell'art. 21 *octies*, che titola "annullabilità del provvedimento". Ad interessare è soprattutto il secondo comma, nel quale si fanno salvi (dall'annullabilità) tutti i provvedimenti adottati in violazione di norme procedurali in due distinte ipotesi. La prima, più generale, che riguarda solo i provvedimenti aventi natura vincolata, a condizione che "sia palese" che il contenuto di questi non avrebbe potuto essere diverso se si fosse rispettata la norma procedimentale interessata. La seconda ipotesi è più specifica: fa salvo il provvedimento amministrativo frutto di un procedimento il cui inizio non sia stato comunicato alle parti, a condizione che l'amministrazione assolva l'onere della prova su di essa gravante, dimostrando che anche in questo caso il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello che si è adottato³⁹.

³⁹ Tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria e parte della dottrina ritengono che il secondo comma contempli anche i provvedimenti discrezionali, non solo quelli vincolati. Si prenda, a titolo di esempio, la sentenza n. 483 del TAR Sardegna, sez. II, del 9 marzo 2005. In essa il giudice precisa che la prima parte del comma 2 introduce dei limiti al potere di annullamento in sede giurisdizionale, ma solo in presenza di atti vincolati. Invece, per quanto riguarda la seconda parte della norma, il fatto che essa si riferisca ad un solo tipo di vizio (e sia, dunque, più limitata rispetto alla prima) viene bilanciato dal fatto che la sua applicazione non discenderebbe dalla natura vincolata o discrezionale del procedimento di adozione. Dello stesso orientamento anche il TAR Campania, Salerno,

È dunque evidente che il legislatore, recependo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, abbia inteso limitare i casi di annullabilità alle ipotesi in cui la violazione di estrinseci in una reale violazione dei diritti (prevalentemente partecipativi) degli interessati⁴⁰.

Così come nel diritto privato, dal quale l'istituto è mutuato, il principio di conservazione dell'atto intende tutelare la volontà dei privati, evitando loro di dover ripetere le operazioni necessarie per il perfezionamento dell'accordo, qualora sia evidente la loro intenzione, pur in presenza di un vizio dello stesso, alla medesima logica si ispira la disposizione in esame.

Senonchè, in questo caso, a differenza del diritto che regola la volontà dei privati, i criteri che informano l'attività delle amministrazioni derivano pur sempre da un rapporto di tipo autoritativo. Non appare negabile la circostanza per cui il privato e l'amministrazione non siano sullo stesso piano. La prima manterrà una posizione di prevalenza, dovuta ad esigenze improcastinabili: la tutela di un interesse della collettività, di fronte al quale quello del singolo, per quanto significativo, deve necessariamente arretrare.

4. Il rapporto tra le contrapposte esigenze: garantismo (art. 10 bis) o economicità decisionale (art. 21 octies)?

La divergenza tra i due principi ispiratori, ed i relativi istituti, apparirà, giunti a questo punto, chiara al lettore. Si tratta, in altre parole, di dover conciliare la necessità, da una parte, di permettere ai privati di prendere parte al procedimento. È vero che questa possibilità consente di favorire un minore dispendio di energie temporali ed economiche all'amministrazione. Ma questo "risparmio" segue un percorso tortuoso e difficilmente valutabile nel breve termine. Apparentemente, infatti, il miglioramento delle condizioni di accessibilità al procedimento

sez. I, 7 aprile 2005, n. 1276. Per quanto riguarda la dottrina si veda CERRETO V., *Prime osservazioni sulla L. 15 del 2005 di modifica della l. n. 241 del 1990*: "il nuovo ruolo delle pubbliche amministrazioni, in www.giustiziaamministrativa.it

⁴⁰ Ne deriva, secondo alcuni, che il vizio verrebbe degradato ad una mera irregolarità che, come tale, risulta sanabile. La produzione dottrina in tema di irregolarità ed invalidità dell'atto è sconfinata. Si suggerisce la lettura di GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, pagg. 645 ss.; CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, pagg. 596 ss.; GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, pagg. 243 ss.; CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, pag. 272 ss.; in senso contrario URANIA GALLETTA D., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della L. n. 241/90*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pag. 119: "La regola del raggiungimento dello scopo presuppone, diversamente dall'irregolarità, che l'invalidità dell'atto sussista in astratto, ma che essa venga reputata in concreto irrilevante, in ragione del fatto che, da un'indagine operata *ex post* da parte del giudice, rispetto a quel singolo caso, emerge che lo scopo dell'atto è stato comunque raggiunto, nonostante il vizio riscontrato".

favorisce la conseguenza opposta: aggrava i tempi per le amministrazioni, costrette a tener conto di esigenze contrapposte tanto nella fase iniziale, quanto in quella conclusiva del procedimento.

Dalla parte opposta si colloca invece l'art. 21 *octies* o, più in generale, l'intero Capo IV *bis* del procedimento. In questo caso si crea il problema opposto: se intendiamo garantire all'amministrazione un concreto risparmio in tempo e denaro dobbiamo necessariamente introdurre meccanismi sananti, come è quello contemplato dalla disposizione in esame. Tuttavia, questa circostanza comporta un rischio non indifferente: il privato rischia di vedersi sottratte quelle garanzie che, poco prima, il legislatore aveva enunciato.

Non è un caso che più di un autore, e la giurisprudenza⁴¹, si siano legittimamente interrogati sulla costituzionalità della disposizione⁴². La possibile soluzione potrebbe ricercare il fondamento di questa legittimità nel rapporto tra il comma primo dell'art. 24 e i commi 2 e 3 dell'art. 113 della Costituzione. In sostanza, la disposizione sarebbe legittima nella misura in cui il legislatore, nel sottrarre al privato una tutela giurisdizionale ordinaria (quella dell'annullamento) predisponesse contemporaneamente una tutela alternativa.

La domanda allora è: esiste un corrispettivo di tutela rispetto alle ipotesi di sanatoria dell'atto che legittimi costituzionalmente la scelta del legislatore del 2005 e bilanci le contrapposte esigenze di partecipazione ed economia procedurale?

Il giudice non si interessa del primo problema, che resta, pertanto, sullo sfondo. Risolve però il secondo, riducendo la portata delle ipotesi di esclusione di responsabilità e ripristinando le garanzie per i privati. In particolare laddove specifica che: "L'applicabilità del meccanismo sanante di cui alla menzionata norma alle funzioni discrezionali opera limitatamente al vizio di mancata comunicazione di avvio del procedimento, cui non è equiparabile quello di

⁴¹ Valgano su tutte le considerazioni svolte dal TAR Sardegna, n. 1464 del 2005, laddove si prende consapevolezza delle difficoltà interpretative riguardanti la disposizione in esame e si sottolinea come la dottrina ne contesti con sempre maggiore insistenza la compatibilità con i principi costituzionali deducibili dagli artt. 24 e 113 della Costituzione. Inoltre, la disposizione apparrebbe contraddittoria dal momento che contrasterebbe con la decisione del legislatore di rafforzare l'ambito di applicazione della comunicazione di avvio del procedimento.

⁴² V. in particolare URANIA GALLETTA D., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della L. n. 241/90*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pag. 123: "Trattasi della nota questione, se possano esistere nel nostro ordinamento norme rispetto alla violazione delle quali la posizione giuridica vantata dal cittadino risulti priva di tutela: perché questa situazione rappresenterebbe un'inaccettabile limitazione del diritto d'azione, che pone seri problemi di contrasto con le previsioni contenute negli articoli 24 e 113 della nostra Costituzione"; SAITTA F., *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Diritto amministrativo*, 2000, pagg. 484 ss.

mancata adozione del preavviso di rigetto”, intende evidentemente restringere la portata applicativa dell’art. 21 *octies*, salvaguardando contestualmente l’applicazione estensiva dell’istituto del preavviso di rigetto.

5. Conclusioni

Restano due considerazioni da fare a margine del discorso principale. La prima è una constatazione di fatto: la sentenza in commento si inserisce in un dibattito giurisprudenziale tutt’ora aperto, nel quale i giudici hanno preso posizioni tra loro estremamente diversificate, talora opposte.

Possiamo citare, a titolo esemplificativo, quattro sentenze. La prima, del T.A.R. Lazio, n. 6358 del 2005, si presta (a giudizio di chi scrive) a riassumere in modo efficace gli orientamenti giurisprudenziali divergenti da quello esposto in tema di comunicazione di avvio del procedimento e dei limiti all’annullabilità del provvedimento amministrativo che sia frutto di un procedimento in cui detta comunicazione sia stata omessa⁴³. Nel caso in esame, vertente sul rilascio di una concessione edilizia, il giudice richiama alcuni precedenti decisioni e conclude per l’applicabilità dei limiti imposti dall’art. 21 *octies* anche ai provvedimenti di natura discrezionale. Una scelta che, ad onor del vero, risulta piuttosto lacunosa nelle motivazioni e costituisce, forse, più una conseguenza diretta della volontà di non prendere posizione su un tema delicato che di un ragionamento ponderato ed adeguatamente argomentato⁴⁴.

Anche la seconda e la terza sentenza, che per comodità espositiva considereremo congiuntamente, offrono una conferma sulla sussistenza di opinioni divergenti. In questo caso, la circostanza è tanto più significativa per due ragioni. Anzitutto, a pronunciarsi è lo stesso

⁴³ Per un commento esaustivo sulla sentenza si confronti PIRRUCCIO P., *Comunicazione di avvio del procedimento ex L. n. 15 del 2005: profili interpretativi ed applicativi*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, II, pagg. 460 ss.

⁴⁴ V. PIRRUCCIO P., *Comunicazione di avvio del procedimento ex L. n. 15 del 2005: profili interpretativi ed applicativi*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, II, pagg. 466: “(...) bisogna rilevare che non sembra pienamente convincente l’interpretazione unanime da parte del TAR della seconda parte del comma 2 dell’art. 21 *octies*, ritenuta applicabile sia agli atti di natura vincolata sia a quelli di natura discrezionale. I TAR non forniscono, difatti, alcuna spiegazione sull’*iter* interpretativo seguito per pervenire a siffatta conclusione. Essi, come si è rilevato, si limitano solo ad affermare che la norma costituisca null’altro che il semplice recepimento del precedente orientamento giurisprudenziale (che, come noto, riguardava proprio gli atti discrezionali, mentre per quelli vincolati se ne era formato un altro che addirittura escludeva la stessa necessità di comunicazione di avvio)”.

T.A.R. Puglia, seppure in diversa sede. Poi, perché l'interpretazione offerta del rapporto tra le due disposizioni è specularmente opposta a quella utilizzata dal T.A.R. di Bari.

Si tratta della sentenza n. 5633 del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, del dicembre 2005⁴⁵, e della sentenza n. 507 del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, del 26 gennaio 2006⁴⁶. In entrambi i casi il giudice amministrativo argomenta in ordine alla irrilevanza, ai fini dell'invalidità dell'omessa comunicazione del preavviso di rigetto in virtù di due ragioni. La prima, in virtù della quale la comunicazione che preavvisa l'interessato del rigetto dell'istanza discende direttamente dalla comunicazione di avvio del procedimento che contempla l'art. 7 L. 241/90. La seconda, che della precedente è diretta conseguenza, per cui sarebbe estensibile a tali ipotesi l'art. 21 *octies*, L. 241/90. Il giudice, in altre parole, sarebbe tenuto a verificare se la partecipazione del privato pretermesso avrebbe potuto apportare un'utilità sostanziale o meno all'esito del procedimento⁴⁷.

La seconda sentenza è più direttamente pertinente con l'oggetto del discutere, ed affronta i problemi interpretativi che si legano al rapporto tra le due disposizioni procedurali⁴⁸. Si tratta della sent. N. 2837, 3 ottobre 2005, del T.A.R. Piemonte, sezione I⁴⁹. In questo caso, a rilevare è una questione analoga a quella affrontata dal T.A.R. Puglia. Si tratta cioè di

⁴⁵ V. ZARAMELLA S., *Preavviso di rigetto ex art. 10 bis della L. n. 241/1990*, in *Studium iuris*, 2006, VI, pagg. 736 ss.

⁴⁶ V. ZARAMELLA S., *Omessa comunicazione e art. 21 octies della legge n. 241/1990*, in *Studium iuris*, 2006, VII-VIII, pagg. 915 ss.

⁴⁷ Nella seconda delle decisioni citate l'argomentazione viene estesa alla natura vincolata o discrezionale del provvedimento adottato. Si veda ZARAMELLA S., *Omessa comunicazione e art. 21 octies della legge n. 241/1990*, in *Studium iuris*, 2006, VII-VIII, pag. 916: "Secondo il giudice adito, la mancata comunicazione sia dell'avvio del procedimento edilizio (...), sia dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza concessoria (...), si configurano quali tipici vizi procedurali, che, nella fattispecie all'esame, non possono aver inficiato la legittimità del provvedimento finale di diniego, in quanto emanato nell'esercizio di un'attività tipicamente vincolata, fondata sulla mera applicazione delle disposizioni del vigente P.R.G., le quali non lasciavano alcun margine di valutazione circa la non assentibilità dell'intervento programmato". Bisogna ricordare che anche alcuni autori si sono pronunciati a favore di questo orientamento. Si veda, ad esempio, TARULLO S., *L'art. 10 bis della L. n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pagg. 109 ss.

⁴⁸ La giurisprudenza sulle due disposizioni è piuttosto ampia. Ci si è limitati in questa occasione a fornire le sole indicazioni essenziali, affidando al lettore il compito di approfondire gli aspetti di maggiore interesse in autonomia. Se segnala, a tale proposito, la sentenza del TAR Campania, sez. VII, 12 giugno 2006, n. 6981, nella quale si esplicita in modo specifico il tema dell'impugnabilità del preavviso di rigetto. Questo, sostiene il giudice, riveste natura endo-procedimentale, perché impone all'amministrazione di instaurare un contraddittorio interno al procedimento, qualora intenda rigettare le motivazioni del privato. Come tale, conclude il tribunale, non è autonomamente impugnabile. La sentenza è rinvenibile con commento, in FRENI F., *Preavviso di rigetto*, in *Il Foro amministrativo – TAR*, 2006, V, pagg. 51 ss. Si confronti anche la sentenza del TAR Campania, sez. VII, 4 luglio 2004, n. 9369, in tema di diniego opposto da una Capitaneria di porto alla richiesta di concessione marittima ad uso turistico, insistente su una zona demaniale. La sentenza è interessante perché si discosta dall'orientamento riportato ed offre una lettura congiunta delle due disposizioni, tale, sembrerebbe, da ammettere la legittimità del provvedimento di diniego che non sia stato preceduto da un contraddittorio endo-procedimentale, se ricorrono le condizioni presenti nel secondo comma dell'art. 21 *octies*.

⁴⁹ Cfr. MICARI G., *Il preavviso di rigetto procedimentale, la "partecipazione nella partecipazione" e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, VI, pagg. 1542 ss.

comprendere se il provvedimento finale debba considerarsi o meno invalido se si è omesso di provvedere alla comunicazione del preavviso di rigetto, ma, al tempo medesimo, si verifichi una di queste tre circostanze. La prima: il soggetto istante ha comunque avuto notizia dei motivi ostativi all'accoglimento della sua istanza e può controdedurre rispetto ad essi. La seconda: se il contenuto del provvedimento finale non sarebbe stato modificato neppure all'esito di una effettiva partecipazione. La terza: c'è stato un contraddittorio sulle ragioni che hanno indotto la pubblica amministrazione a maturare l'intenzione di rigettare l'istanza, a prescindere da una conoscenza dei motivi di rigetto acquisita al di fuori dell'ambito procedimentale.

Nel caso in esame (corrispondente alla prima delle tre ipotesi suesposte) il Tribunale piemontese ha cassato il provvedimento amministrativo impugnato, non ritenendo decisiva la portata contenutistica del secondo comma dell'art. 21 *octies*. Le due disposizioni, si legge nella motivazione, non possono essere lette come se l'una, quella inerente il preavviso di rigetto, si interrompa di fronte alla seconda. Al contrario, la partecipazione procedimentale assurge a rango di autentico valore costituzionale e prevale, come tale, sull'esigenza di salvaguardare il provvedimento irregolare.

La seconda considerazione conclusiva discende, in parte, dalle conclusioni raggiunte dal giudice nella sentenza in commento e, per altra – e preponderante – parte, dalla breve ricognizione della giurisprudenza più significativa sul problema. È chiaro che ci troviamo di fronte ad uno dei nodi interpretativi più complessi che la giurisprudenza amministrativa dovrà affrontare negli ultimi anni. Lo dimostrano tre fattori: l'incertezza di alcune pronunce sul problema, a testimonianza della difficoltà di assumere decisioni certe in un contesto applicativo tuttora incerto; le oscillazioni della giurisprudenza, tali da impedire il formarsi di un orientamento consolidato che offra un punto di partenza, ed un chiarimento, per i futuri giudici chiamati a pronunciarsi sulla questione; infine, le incertezze avanzate da certa dottrina, e da parte della giurisprudenza, sulla legittimità costituzionale della disposizione.

Che queste incertezze derivino dalle notevoli oscillazioni che la riforma ha subito prima di essere approvata è fuori di dubbio⁵⁰. Resta il fatto che, in assenza di una risposta normativa convincente, sarà l'attività esegetica del primo interprete delle norme: il giudice, a rivelarsi decisiva. In gioco c'è più di quanto si pensi: l'amministrazione che persegue l'efficienza a discapito delle garanzie individuali, da una parte. Dall'altra, l'interesse – elevato oggi al rango di diritto, e ciò nonostante avversato da insidie continue, come dimostra il caso di specie⁵¹ – dei cittadini a veder garantita la propria posizione nello svolgimento dei processi decisionali.

[Gianluca Sgueo](#)

⁵⁰ Ne da ampio resoconto URANIA GALLETTA D., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della L. n. 241/90*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, I, pag. 118: “Il disegno di legge in questione ha vissuto una storia parlamentare alquanto sofferta, ed è stato – come noto – bersaglio di vivaci critiche da parte della dottrina. In particolare, molto dibattuta è stata, sin dal principio, quella parte della legge che ha inserito nella L. n. 241/1990 un Capo IV-bis, intitolato Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso. E, all'interno di questo capo, suscita preoccupazione soprattutto quella previsione, che nell'originaria proposta di legge presentata l'8 marzo 2000 d'iniziativa del deputato Prof. Vincenzo Cerulli Irelli, era la previsione *ex art. 9*, sulla annullabilità del provvedimento amministrativo”.

⁵¹ Considerazioni analoghe, tuttavia, potrebbero farsi per il panorama europeo ed internazionale. In tal senso si rimanda alla lettura di CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche – saggio di diritto comparato*, pubblicanda su *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007

DIRITTO CIVILE**L'istituto dell'adozione di persone maggiori di età nell'ordinamento italiano alla luce della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria***Gianluca Sgueo*

1. L'istituto dell'adozione. Il quadro generale – 2.1 La disciplina dell'adozione civile. Le peculiarità che contraddistinguono l'istituto – 2.2.1 Il processo di costituzione e le condizioni di legittimità - 2.2.2 Tesi negoziale e tesi giudiziale a confronto – 2.3 I divieti di adozione – 2.4 Il processo di accertamento, l'impugnabilità ed il passaggio in giudicato della sentenza – 2.5 Gli effetti dell'adozione – 2.6 La revoca e la cessazione dello stato di figlio adottivo – 2.7 La natura giuridica dell'atto di adozione – 3.1 Le questioni dibattute dalla giurisprudenza. Le condizioni di ammissibilità dell'adozione alla presenza di altri discendenti – 3.2 La posizione della Cassazione e della giurisprudenza ordinaria – 3.3 Il dibattito giurisprudenziale sul cognome dell'adottato figlio naturale – 3.4.1 Le altre pronunce rilevanti della Cassazione. Ancora della natura negoziale dell'adozione – 3.4.2 L'incapacità naturale dell'adottante – 3.4.3 La costitutività del decreto che pronuncia l'adozione – 3.4.4 L'adozione congiunta di maggiorenne e minorenni – 4.

1. L'istituto dell'adozione. Il quadro generale

Questa ricerca intende approfondire i profili di merito legati all'istituto dell'adozione di persone maggiorenni. Si partirà, a tale scopo, da alcune considerazioni di ordine generale, spendendo poche parole sulla disciplina dell'adozione. Lo scopo è, infatti, quello di inquadrare concettualmente l'istituto nell'attuale ordinamento italiano.

Cominciamo col dire che l'adozione dei maggiorenni è una delle tre tipologie di adozione che vengono contemplate dal legislatore italiano. Si tratta, anzi, di una delle ipotesi minoritarie, poiché la gran parte della disciplina (ed il relativo dibattito giurisprudenziale) si concentrano sull'adozione di soggetti minori di età.

Più precisamente, possiamo provare a distinguere cinque diverse ipotesi: la principale figura di adozione è quella che riguarda il minore abbandonato, disciplinata in una legge speciale, la l. 4 maggio 1983, n. 184, successivamente modificata dalla legge 28 marzo 2001, n. 149⁵².

La seconda ipotesi, invece, è quella che si definisce “particolare” e consente l’adozione del minore nelle ipotesi in cui non è possibile ricorrere alle forme dell’adozione ordinaria⁵³.

Accanto ad esse si pone l’adozione internazionale, nella quale, come suggerisce il nome, esiste una diversa nazionalità tra l’adottante e l’adottato⁵⁴.

Un ultimo istituto a protezione del minore è quello dell’affidamento familiare, che, però, non instaura un rapporto adottivo, piuttosto sopperisce ad una temporanea carenza dell’ambiente familiare del minore.

Infine, ma per quanto di nostro interesse: soprattutto, viene l’adozione civile, altresì conosciuta come adozione di maggiori di età. Questa è stata introdotta dalla riforma del 1983 ed ha preso il posto dell’antica adozione ordinaria, che concerneva originariamente sia i maggiorenni che i minori superiori agli anni otto, mentre per i minori degli anni otto si applicava l’adozione speciale prevista nella legge n. 431 del 5 giugno 1967. Invece, a seguito della riforma l’adozione ordinaria è stata circoscritta all’adozione di maggiorenni⁵⁵.

La prima cosa sulla quale bisogna indagare riguarda le differenze che distinguono questa tipologia rispetto alle precedenti figure. Ebbene, si può dire che l’adozione civile assuma caratteristiche peculiari rispetto alle forme ordinarie di adozione, soprattutto su due piani: sul

⁵² Spiega, in proposito, BIANCA C.M., *Diritto civile*, II, Milano, 2005, pag. 413: “Tale adozione, detta semplicemente adozione o anche adozione piena o legittimante, conferisce all’adottato la posizione di figlio legittimo degli adottanti. Essa crea quindi un vincolo che si sostituisce integralmente a quello della filiazione di sangue e che inserisce l’adottato definitivamente ed esclusivamente nella nuova famiglia”.

⁵³ Cfr. BIANCA C.M., *Diritto civile*, II, Milano, 2005, pag. 413: “(...) consente l’adozione del minore in alcuni casi in cui non si può ricorrere all’adozione piena. Essa crea un vincolo di filiazione giuridica che si sovrappone a quello della filiazione di sangue. Il rapporto di appartenenza alla famiglia di origine non si estingue ma la potestà spetta agli adottanti, che sono tenuti a mantenere, istruire ed educare l’adottato”.

⁵⁴ E dunque la disciplina interessa profili di diritto interno ma anche di diritto internazionale privato, dovendosi mediare tra gli interessi e gli scopi di due diversi ordinamenti. L’adozione internazionale è stata ridisciplinata dalla legge 31 dicembre 1998, n. 476.

⁵⁵ Si vedano CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell’adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pag. 75: “Fino all’entrata in vigore della legge 4 maggio 1983, n. 184 le norme contenute nel titolo VIII del libro I, che si intitolava dell’adozione, disciplinavano sia l’adozione delle persone maggiori di età che quelle dei minori. Con la legge n. 184, intitolata disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori, tutta la materia riguardante i minori d’età diventò oggetto di legislazione speciale, secondo una scelta permanente destinata a costituire un sistema dell’assistenza ai minori separato dal codice civile. La distinzione delle fonti era il riflesso esterno di una diversità di aree e di schemi normativi. La disciplina del codice riguardava l’aspetto fisiologico del rapporto educativo riguardante il minore, la legislazione speciale quello patologico. La prima era di stampo privatistico, la seconda di impronta pubblicistica”.

piano sostanziale, è diversa la collocazione della disciplina. Le precedenti tipologie di adozione sono oramai interamente disciplinate dal legislatore in leggi speciali, viceversa, la disciplina dell'adozione di maggiorenni risiede ancora nel codice civile⁵⁶.

Sul piano sostanziale, poi, mentre le due precedenti figure di adozione sono caratterizzate dall'esigenza dell'ordinamento di escogitare forme adeguate per supplire, nei confronti del minore, alla famiglia d'origine, offrendogli una valida alternativa all'interno di un diverso nucleo familiare, questa esigenza non ricorre nel caso dell'adozione di persona maggiore di età. Più semplicemente, lo scopo dell'adozione civile è quello di conferire lo *status* di figlio adottivo all'adottato maggiorenne, che tuttavia – come vedremo meglio – si aggiunge al precedente stato familiare, senza modificarlo.

Alla luce di queste importanti differenze, ed in ragione del quadro sommario appena esposto, la trattazione intende procedere nel modo che segue. Sviluppare, in primo luogo, il tema delle diversità, approfittando di queste per approfondire adeguatamente la disciplina concreta dell'istituto dell'adozione di maggiorenni. Successivamente, l'intenzione è quella di offrire una disamina dell'istituto alla luce del dibattito giurisprudenziale, che presenta interessanti pronunce sia da parte del giudice ordinario, sia, soprattutto, da parte del giudice costituzionale.

2.1 La disciplina dell'adozione civile. Le peculiarità che contraddistinguono l'istituto

Quali sono, dunque, le peculiarità che susseguono all'applicazione dell'istituto? Ne possiamo isolare quattro: anzitutto, la regola generale dispone che l'adottato assume il cognome dell'adottante, anteponendolo al proprio⁵⁷. Vedremo oltre come questa circostanza deve essere temperata da una serie di considerazioni aggiuntive.

⁵⁶ Cfr. BESSONE M., *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 2001, pag. 517: “La volontà, assai discussa, di conservare una normativa sorta in origine per trasmettere il nome o il patrimonio risponde anche ad altre esigenze: formalizzare un rapporto personale ed affettivo creatosi tra un coniuge ed i figli dell'altro coniuge, attraverso uno strumento più duttile rispetto all'analogo strumento previsto per l'adozione di minorenni ed applicabile anche alle ipotesi di figli maggiorenni; fornire assistenza ad anziani senza famiglia o ad handicappati”.

⁵⁷ Si confrontino le osservazioni svolte da GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 2006, pag. 851: “Come l'antica adozione ordinaria ha, fondamentalmente, la funzione di rendere possibile una discendenza elettiva, attributiva del cognome e della qualità di erede

In secondo luogo, l'adottato acquista i diritti successori di figlio nei confronti dell'adottante. Non è tuttavia vero il contrario. A differenza di quanto avviene nei rapporti di filiazione naturale, nell'adozione civile l'adottante non acquista diritti successori nei confronti dell'adottato. Lo confermano tre disposizioni: l'art. 791 del codice civile prevede, quale *condicio sine qua non*, l'assoluta mancanza di discendenti legittimi o legittimati per accedere a siffatto tipo di adozione.

Poi, dà ulteriore conferma del predetto scopo l'art. 536 del codice civile, che equipara i figli adottivi a quelli legittimi, al fine di succedere nelle quote d'eredità, rendendoli titolari del diritto riservato caratteristico dei soggetti legittimari.

Ancora, l'art. 298 del codice civile prevede, al quarto comma, la possibilità per gli eredi legittimi dell'adottante di opporsi alla sua richiesta di adozione – in caso di sua morte dopo la prestazione del consenso e prima dell'emanazione della sentenza adottiva – per l'evidente conflitto di interessi che si verrebbe a creare tra questi e l'eventuale adottato⁵⁸.

Infine, si crea un vincolo giuridico che obbliga entrambe le parti del rapporto (adottante ed adottato) agli alimenti legali⁵⁹.

Una quarta conseguenza che discende dal rapporto di adozione civile è, in realtà, più che una caratteristica, un vero e proprio effetto vincolante. In sostanza, ai sensi dell'articolo 300 del codice civile, dal momento in cui si perfeziona l'adozione del maggiorenne questo non vede venir meno i suoi diritti ed obblighi nei confronti della famiglia originaria. Mantiene, al contrario, sia gli uni che gli altri.

Esistono poi vincoli significativi in merito all'età dei soggetti che sono coinvolti nell'adozione, di cui è necessario parlare in modo più approfondito. La legge richiede,

dell'adottante. Era, originariamente, consentita a chi, coniugato o no, fosse privo di discendenti legittimi o legittimati; ma la Corte costituzionale ha innovato al riguardo, permettendo l'adozione anche a chi ha già una discendenza di sangue".

⁵⁸ Cfr. R., *L'adozione*, Milano, 2005, pag. 358: "NE consegue, pertanto, che dalla siffatta normativa precitata, l'adozione di maggiorenni persegue dei fini prevalentemente privatistici, inerenti alla tutela degli esclusivi interessi dell'adottante e dell'adottato, di natura principalmente successoria, anche se essa non è non scevra, certamente, del sincero affetto che, generalmente, lega i due predetti soggetti (cui consegue l'importante interesse morale all'aggiunta del cognome adottivo) e, altresì da un controllo pubblico da parte del giudice, circa la rispondenza di siffatta adozione all'interesse dell'adottando".

⁵⁹ Nota, in merito, VESSICHELLI F., *La nuova legge sull'adozione*, Padova, 1985, pagg. 215 ss., che l'avvenuta soppressione dell'art. 301 del codice civile ad opera del legislatore non ha comportato il venir meno dell'obbligo di mantenimento dell'adottato che non sia ancora in grado di realizzare la propria autonomia economica.

anzitutto, che l'adottato sia maggiore d'età. Può apparire – ed in parte lo è – un dato scontato, visto che si parla proprio di adozione di maggiorenni.

La circostanza che si ribadisca questa caratteristica ha però un suo fondamento logico, al quale s'è già fatto un breve cenno in precedenza. Mentre cioè nel caso dell'adozione ordinaria lo scopo è quello di offrire assistenza morale e materiale al minore, in questo ultimo caso lo scopo è diverso. Serve, piuttosto, ad assicurare, anzitutto, la continuità del nome e del patrimonio della famiglia. Inoltre, assume in alcune circostanze una funzione di solidarietà che rafforza il rapporto tra due persone adulte⁶⁰.

Dal lato opposto, la legge, all'art. 291 del codice civile, richiede che l'adottante abbia un'anzianità maggiore di almeno 18 anni rispetto all'adottato. Occorre, per la precisione, che l'adottante abbia raggiunto almeno i 35 anni di età⁶¹.

Va detto che in realtà la norma deve interpretarsi nel senso che l'età minima per adottare sia di almeno 36 anni (senza eccezioni). La ragione si spiega – fanno notare i giuristi attenti al problema – con il fatto che la norma contiene un errore: dovendo sussistere un divario obbligatorio di almeno 18 anni con l'adottando, se si ammettesse un trentacinquenne all'adozione, si finirebbe ad ammettere l'adozione di un minore di diciassette anni, in contrasto con la legge n. 184 del 1993 che prevede per l'adozione di minori una procedura del tutto autonoma⁶².

2.2.1 Il processo di costituzione e le condizioni di legittimità

⁶⁰ Si pensi all'esigenza di garantire una più duratura e stabile assistenza nei confronti delle persone anziane o delle persone con menomate capacità mentali. Lo specifica THOMAS R., *L'adozione*, Milano, 2005, pag. 357: "L'adozione dei minori mira sostanzialmente a perseguire finalità pubbliche e socialmente rilevanti, di tutela del preminente interesse del minore a vivere in famiglia (fornendo una idonea famiglia sostitutiva per il minore in stato di abbandono, nell'ipotesi dell'adozione legittimante, ovvero aggregata, per quello che versa in casi particolari), nel caso dell'adozione di maggiorenni, lo scopo precipuo è dichiaratamente quello di creare una discendenza ai fini successori (trasmettendo il nome e il patrimonio)".

⁶¹ Cfr. CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pag. 76: "L'art. 291 permette l'adozione delle persone maggiori d'età quando l'adottante abbia compiuto 35 anni e superi di almeno 18 anni l'età dell'adottando. Dopo l'esclusione della sua applicazione ai soggetti di età minore la disposizione presenta un'incongruenza. Poiché l'adottando non può avere meno di 18 anni l'adottante (che deve essere più vecchio di 18 anni) non potrà, evidentemente, avere meno di 36 anni, e quindi finisce per essere priva di senso la previsione che consente l'adozione a chi ha 35 anni".

⁶² Aggiunge THOMAS R., *L'adozione*, Milano, 2005, pag. 362: "Inoltre, essendo il contesto precettivo applicabile esclusivamente all'adozione di maggiorenni con una differenza minima di età di diciotto anni nei confronti dell'adottante, si deve ritenere implicitamente abrogato il secondo comma dell'art. 291 del codice civile, che prevedeva la possibilità di adottare, per eccezionali circostanze, al compimento dei trent'anni".

L'adozione civile si costituisce mediante decreto del tribunale su ricorso dell'adottante. Non rileva, in proposito, la circostanza che il soggetto adottante sia solo, o piuttosto in coppia con un altro coniuge⁶³.

Tale ricorso deve essere compiuto presso il Presidente del tribunale nel cui circondario l'adottante possiede la sua residenza, come dispone il primo comma dell'art. 311 del codice civile.

Il Presidente raccoglie il consenso dell'adottante e quello dell'adottato (o, come vedremo meglio poco avanti, del suo legale rappresentante in caso di interdizione o inabilitazione), che gli deve essere manifestato personalmente, data la fondamentale importanza di tale atto per la procedura in questione e al fine di poter operare una verifica diretta circa l'assoluta autenticità e libertà di siffatta volontà.

Mentre infatti nell'adozione piena è sufficiente esprimere un generico intento di adozione, espresso dagli interessati attraverso l'istanza di adozione, nell'adozione civile si richiede il consenso espresso dell'adottante (o degli adottanti) e dell'adottando⁶⁴.

Si richiede, inoltre, l'assenso dei genitori dell'adottando e l'assenso del coniuge dell'adottante e del coniuge dell'adottando, che non siano legalmente separati. In quest'ultimo caso la spiegazione è agevole: l'assunzione di nuovi obblighi familiari gravanti sul nucleo familiare richiede che entrambi i componenti del nucleo medesimo offrano il loro consenso. Vedremo meglio in seguito come, a seguito di una pronuncia della Corte costituzionale, si renda oggi necessario anche l'assenso dei discendenti maggiorenni dell'adottante.

Va aggiunto che il consenso deve essere prestato personalmente, non essendo prevista dalla legge alcuna forma di rappresentanza, salva la possibilità, prevista dall'art. 1 della legge 6 gennaio 1941, n. 5, per i militari e le persone al seguito delle forze armate per ragioni di servizio, in tempo di guerra – cui può essere parificato quello delle missioni militari all'estero

⁶³ V. GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 2006, pag. 851: "Occorre, se l'adottante ha discendenti di sangue, il consenso di costoro. È necessario inoltre che l'adottante abbia compiuto 35 anni e abbia almeno 18 anni più della persona che vuole adottare. In ogni caso al tribunale è rimessa una valutazione di merito: se l'adozione convenga all'adottando.

⁶⁴ Rileva in proposito CARRARO F., *Adozione civile*, in *Rivista di diritto civile*, 1943, pagg. 165 ss., che la coincidenza di volontà dell'adottante e dell'adottato può configurarsi come un accordo. Si tratta tuttavia, nota l'autore, di un termine che può apparire improprio perché presuppone l'unitarietà dell'atto perfezionato attraverso lo scambio di consensi, mentre nel procedimento di adozione ciascun consenso conserva la sua autonoma identità.

del nostro Paese ai fini pacificatori – di fare una procura nelle forme speciali di cui al R.D. 8 luglio 1938, n. 1415⁶⁵.

Nel caso in cui, ancora, il soggetto adottante sia interdetto, appare ragionevole ritenere che non sia possibile che egli possa esprimere tale consenso, attraverso il suo rappresentante legale⁶⁶. Infatti, diversamente dall'ipotesi di interdetto adottando, la valutazione della sua convenienza, oltre che dal suo legale rappresentante nell'espressione di detto consenso, viene vagliata nel merito dallo stesso giudice prima dell'emanazione della sentenza adottiva.

Stesso dicasi nel caso in cui l'inabilitato adottante non possa essere soccorso dal suo curatore, nell'espressione del consenso. Anche in questo caso diversamente dal caso dell'inabilitato adottando, la cui convenienza all'adozione è vagliata sia dal suo curatore, che dallo stesso tribunale, al pari dell'ipotesi dell'interdetto.

È irrilevante, infine, anche la riserva mentale o la simulazione tra le parti consenzienti, perché tale divergenza tra volontà e dichiarazione può emergere solo nella forma tassativa della revoca prima della sentenza adottiva, ma non successivamente. Ciò per garantire la certezza e la stabilità del rapporto creatosi tra le parti⁶⁷.

2.2.2 Tesi negoziale e tesi giudiziale a confronto

Alla luce di queste caratteristiche, alcuni autori sostengono che l'adozione civile sarebbe un negozio complesso, cui parteciperebbero in diversa posizione soggetti privati ed organi pubblici.

Altri autori (invero: la maggioranza della dottrina) ritengono invece che l'adozione in sé possa considerarsi un atto giudiziale. I consensi e gli assensi dei singoli interessati assumerebbero, in questo contesto, la connotazione di presupposti dell'atto medesimo. Essi infatti rientrano tra

⁶⁵ Cfr. THOMAS R., *L'adozione*, Milano, 2005, pagg. 362 ss.

⁶⁶ Si tratta di una possibilità che era prevista nel progetto preliminare al codice civile, e che venne poi soppressa nel progetto definitivo.

⁶⁷ V. THOMAS R., *L'adozione*, Milano, 2005, pag. 363: "Essendo il consenso un presupposto necessario del procedimento giurisdizionale in oggetto, esso – una volta emanata la sentenza definitiva di adozione – non può più essere impugnato autonomamente per un eventuale suo vizio, in quanto la valutazione della manifestazione di colui che ha prestato il consenso resta assorbita nella decisione giurisdizionale passata in giudicato, e non può, pertanto, trovare più tutela di fuori di quel procedimento ormai concluso e che tale deve restare per garantire al massimo l'interesse preminente alla stabilità dei rapporti adozionale".

le condizioni che il tribunale dell'adozione deve verificare prima di approvarla, e successivamente ad essa non hanno autonoma rilevanza perché ciò che rileva è esclusivamente il decreto di adozione⁶⁸.

La giurisprudenza, dal canto suo, è propensa a qualificare l'istituto negozialmente, come dimostra, ad esempio, la lettura della sentenza n. 4694 del 1992, della Corte di cassazione⁶⁹, nella quale, dopo aver premesso il carattere negoziale delle parti dell'adozione, il giudice ha reputato ammissibile l'azione di annullamento dell'adozione per incapacità naturale dell'adottante, ma ha escluso che le azioni di annullamento dell'adozione siano trasmissibili in caso di morte della parte legittimata.

Il dibattito di cui s'è detto ha ulteriore, ed importanti, ripercussioni. Valga un esempio a confermare quanto detto. Una questione di cui si dibatte, e nella quale si raggiungono conclusioni diverse a seconda che si adotti l'una o l'altra delle tesi esposte, è quella che riguarda la possibilità che l'adozione possa venir meno per l'invalidità dell'atto.

Cominciamo col dire che, a tale proposito, la normativa attualmente in vigore non prevede la presenza di cause di cessazione dell'adozione per eventi sopravvenuti. Alla luce di ciò, gli autori si dividono. I fautori della tesi tradizionale (quella negoziale) sostengono che la mancanza di uno dei presupposti comporterebbe la nullità dell'adozione da farsi valere con ordinaria azione di accertamento. Ritengono inoltre che l'adozione sia annullabile per incapacità delle parti o vizi del consenso⁷⁰.

Invece, i fautori della tesi giudiziale, spostano il problema sul piano dell'incompatibilità dell'adozione con lo stato familiare dell'adottato e prospettano la soluzione della contestazione dello stato di figlio adottivo solamente nel caso in cui l'adottato risulti figlio dell'adottante o già adottato da altra persona⁷¹.

⁶⁸ V. BIANCA C.M., *Diritto civile*, II, Milano, 2005, pag. 474: "L'intendimento dell'adozione come atto di concessione giudiziale è coerente col principio della indisponibilità negoziale degli stati familiari, e trova conferma nella mancata previsione legislativa dell'impugnazione dell'adozione per vizi di volontà dei dichiaranti".

⁶⁹ Un estratto della sentenza può leggersi in *Foro italiano*, 1993, I, pagg. 164 ss.

⁷⁰ In tal senso si pronuncia PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Commentario del codice civile. Le adozioni di persone maggiori d'età*, Torino, 1995, pag. 446: "La qualificazione del consenso quale negozio familiare autonomo e idoneo alla specificazione degli effetti dell'atto implica, necessariamente, l'ammissibilità di azioni contenziose volte a far valere i vizi di natura sostanziale afferenti alle manifestazioni di autonomia privata".

⁷¹ Va aggiunto che il divieto di adozione da parte del tutore è posto a salvaguardia di un interesse patrimoniale, del soggetto sotto tutela, e in mancanza di una previsione legislativa non sembra applicabile la sanzione della nullità che, oltretutto, potrebbe essere invocata dallo stesso adottante a danno dell'adottato.

Appare evidente, allora, che la scelta tra l'una e l'altra soluzione non è affatto irrilevante per le parti coinvolte. Questa ragione contribuisce a spiegare la posizione della giurisprudenza che, seppure con qualche oscillazione, pare propensa a confermare la seconda tesi (sia in questa specifica circostanza sia, come si è visto, in generale). Il motivo è che questa tesi sembra offrire maggiori garanzie alle parti, perché scinde le due fasi del processo di adozione, separando, di conseguenza, le cause di invalidità dell'una e dell'altra.

2.3 I divieti di adozione

Prima di parlare di come si svolge il procedimento che porta all'adozione, sembra opportuno spendere due parole sui casi nei quali questo procedimento non può essere avviato, sussistendo un'ipotesi di divieto di adozione.

Ebbene, a tale proposito rileva l'art. 293 del codice civile, il quale, a seguito dell'abrogazione del comma 2 e 3 ad opera dell'art. 67 della legge n. 184 del 1963, dispone che i figli nati fuori del matrimonio non possono essere adottati dai loro genitori.

La norma ha la stessa formulazione che aveva nel codice del 1865, ma segue una logica completamente diversa. Infatti, mentre nel codice unitario, come in quello del 1942, la disposizione tendeva a sottolineare e mantenere la posizione di inferiorità dei figli nati fuori dal matrimonio e ad evitare che con l'adozione il genitore attribuisse loro diritti più ampi di quelli che la legge consente⁷², oggi il figlio naturale, anche adulterino, può essere riconosciuto ed acquisire uno *status* tendenzialmente equivalente a quello del figlio legittimo.

Dopo l'introduzione del diritto di famiglia, che ha attuato una parificazione quasi completa tra figli legittimi e figli naturali, il fondamento della disposizione si è ritenuto che consistesse nel principio di corrispondenza tra verità naturale e certezza formale dello *status filiationis*. Oggi, dunque, la sua *ratio* va individuata nella tendenza volta a mantenere rigorosamente distinti

⁷² Si pronunciava in tal senso, ad esempio, CICU A., *La filiazione*, in *Trattato del diritto civile italiano*, Roma, 1935, pagg. 310 ss.

dall'adozione e dalle sue finalità gli strumenti tendenti ad assicurare uno *status* più vantaggioso ai figli nati fuori dal matrimonio⁷³.

Restano aperte due questioni: la prima questione riguarda l'assolutezza del divieto posto dalla norma, che per alcuni è assoluto, per altri relativo. I primi in particolare sostengono che l'adozione del figlio naturale deve considerarsi nulla anche se il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale intervengono dopo l'adozione.

La seconda questione di cui si dibatte è se il divieto si possa applicare anche ai figli non riconoscibili. Tale possibilità è riconosciuta da chi osserva che la filiazione non riconoscibile si sottrae ad un accertamento dello stato formale di figlio⁷⁴, mentre è esclusa da chi rileva che il divieto è assoluto e si estende a tutti i figli naturali, siano o non riconosciuti e siano o non riconoscibili.

Un secondo divieto, è quello che pone il secondo comma dell'art. 294. In base ad esso nessuno può essere adottato da più di una persona, a meno che i due adottanti non siano coniugati. La ragione del divieto, in questo caso, pare intuitiva: lo stesso individuo non può essere soggetto a più *status* familiari tra loro in conflitto.

Un terzo, ed ultimo divieto, è oggi venuto meno. Si tratta della possibilità di adozione di più persone con atti successivi. Resta il fatto che la caduta del precedente divieto, si fa notare⁷⁵, non risulta facilmente spiegabile, atteso che, in effetti, l'esigenza che tende a soddisfare l'adozione del maggiorenne, e cioè la possibilità di offrire una discendenza all'adottante, consentendo la continuità del patrimonio e del nome, sarebbe già stata soddisfatta con la prima adozione.

2.4 Il processo di accertamento, l'impugnabilità ed il passaggio in giudicato della sentenza

⁷³ Si pronuncia così CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pagg. 78 ss.

⁷⁴ Tale è l'opinione, ad esempio, di Vessichelli F., *La nuova legge sull'adozione*, Padova, 1985

⁷⁵ Cfr. CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pag. 79: "La successiva adozione va ad incidere sull'aspetto patrimoniale comportando il frazionamento del patrimonio fra più figli adottivi. In sostanza, la norma viene ad accentuare le finalità assistenziali dell'adozione a scapito di quelle patrimoniali".

Torniamo al procedimento di costituzione. L'adozione è pronunciata dal tribunale con decreto motivato emesso a conclusione di un procedimento camerale, sentito il pubblico ministero. Tale procedimento non richiede particolari formalità. Semplicemente, come si è detto, il Tribunale deve verificare che sussistano le condizioni di legge e, soprattutto, che l'adozione sia conveniente per l'adottando. A tale proposito, stabilisce l'art. 312 del codice civile, deve disporre d'ufficio le opportune indagini.

Tali indagini vengono svolte per mezzo degli organi di polizia giudiziaria, nonché, eventualmente, i servizi sociali territoriali, e sono volti ad accertare la situazione personale, familiare e socio-ambientale dell'adottante e dell'adottato, nonché ogni altro elemento utile alla dimostrazione della convenienza all'adozione in favore dell'adottando.

L'accertamento della convenienza del nuovo rapporto giuridico, si sostituisce al giudizio sulla "buona fama" dell'adottante, che era richiesto in passato dal codice civile. Essa, inoltre, non deve limitarsi al mero accertamento di un intento illecito, ma deve valutare in concreto la migliore soddisfazione dell'interesse morale e materiale dell'adottando (che, per fare un esempio, verrebbe leso ove si pronunziasse un'adozione da parte di un adottante che sia un esponente della criminalità)⁷⁶.

La sentenza emessa dal tribunale è impugnabile. Hanno legittimazione attiva l'adottante, l'adottato ed il pubblico ministero, nel termine di 30 giorni dalla comunicazione di questa. L'impugnazione va proposta con reclamo alla Corte d'appello, che decide sempre con procedimento camerale e con l'intervento del pubblico ministero. A sua volta, la sentenza emessa dalla Corte d'appello è impugnabile in Cassazione.

La sentenza che passi in giudicato e che pronunzi l'adozione deve essere iscritta nel registro delle adozioni e annotata a margine dell'atto di nascita, come dispone il primo comma dell'art. 314 del codice civile⁷⁷.

⁷⁶ Quindi non si tratta di una convenienza di natura meramente economica, legata alla finalità successoria, che costituisce lo scopo tradizionale prevalente dell'istituto in oggetto, come si potrebbe desumere dal fatto che, a differenza dell'adozione legittimante e di quella in casi particolari dei minori, la legge non richiede la specificazione dei motivi per i quali s'intende adottare, ma di convenienza che involge anche la sfera morale dell'adottando, che dovrà essere il portatore futuro dell'identità di colui che l'adotta, tramite l'aggiunta del cognome di quest'ultimo.

⁷⁷ V. NAPOLI A., *Adozione*, in *La nuova legge sull'adozione*, Milano, 2000, pagg. 202 ss.

2.5 Gli effetti dell'adozione

Se la regola principale è quella appena esposta, per cui la definitività della pronuncia giudiziale determina la produzione degli effetti dell'adozione, è possibile, in una sola circostanza, che si abbia un effetto retroattivo. Ciò accade nel caso in cui l'adottante scompare prima della sopravvenuta definitività della sentenza.

In questa ipotesi il legislatore inserisce una clausola di *favor adoptionis*⁷⁸ e stabilisce che l'adottato possa far valere egualmente i suoi diritti sul patrimonio dell'adottante, a partire dal momento in cui s'è verificata la morte dell'adottante. Inoltre gli eredi dell'adottante sono legittimati a produrre memorie ed osservazioni per opporsi all'adozione fornendo al tribunale elementi per esercitare il controllo di legittimità e di merito sull'adozione.

Tra gli effetti più significativi c'è anche quello, già anticipato, dell'acquisizione del cognome dell'adottante da parte dell'adottato. Bisogna però fare alcune precisazioni. La prima: accanto al nuovo cognome si conserva il cognome originario (art. 299 del codice civile, primo comma)⁷⁹.

La seconda: qualora l'adozione venga realizzata da una donna che sia coniugata, l'adottato assume il cognome della famiglia di lei, salvo che non sia figlio del marito (art. 299 del codice civile, quarto comma)⁸⁰.

⁷⁸ La regola è contenuta all'interno del quinto comma dell'art. 298 del codice civile. Specifica in proposito THOMAS R., *L'adozione*, Milano, 2005, pag. 357., *L'adozione*, Milano, 2005, pag. 368: "Tali effetti sono sostanzialmente simili a quelli previsti nell'ipotesi di adozione in casi particolari (...). Pertanto, anche nella fattispecie in oggetto, a differenza delle ipotesi di adozione di minori a carattere legittimante, (...), l'adozione ordinaria di soggetti maggiorenni non farà acquisire lo *status* di figlio legittimo da parte dell'adottato nei confronti del suo adottante, con tutte le relative conseguenze, in particolare, quella dell'assunzione esclusiva del cognome dell'adottante e la rottura definitiva di ogni rapporto giuridico con la famiglia di origine".

⁷⁹ V. CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pag. 85: "L'assunzione del cognome dell'adottante da parte dell'adottato è tra i più importanti effetti dell'adozione e rappresenta l'indice più evidente del nuovo status dell'adottato e il segno della sua appartenenza alla famiglia dell'adottato. Il doppio cognome dell'adottato documenta il suo doppio status familiare mentre l'anteposizione del cognome dell'adottante a quello dell'adottato indica la prevalenza accordata dal legislatore al rapporto adottivo".

Si noti inoltre che la questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale (sent. 120 del 2001), la quale ha affermato che l'anteposizione del cognome dell'adottante a quello dell'adottato non è contrastante con la costituzione. Tale precedenza, secondo il giudice costituzionale, non appare irrazionale e non costituisce la violazione di un diritto della personalità.

⁸⁰ Si noti che il fatto che il cognome adottivo venga anteposto a quello originario, anziché posposto, come era nella precedente disciplina – se è segno della rilevanza pubblicistica dell'istituto anche nei confronti dei terzi, volendo il legislatore il suo inserimento, per evidenziare l'entità della famiglia adottiva, attraverso il suo distintivo esteriore precipuo – non pare ad alcuni opportuno perché muta profondamente l'identità dell'adottato, che, essendo il soggetto maggiorenne, è anche un'identità radicata negli anni.

La terza: L'adottato maggiorenne che non sia stato riconosciuto dai propri genitori, aggiunge il cognome dell'adottante a quello originariamente già attribuitogli.

Questa circostanza, è da notare, l'ha prevista anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 120 dell'11 maggio 2001. Viceversa, il riconoscimento successivo all'adozione non fa assumere, al maggiorenne adottato, il cognome del genitore che lo abbia riconosciuto, salvo il caso in cui l'adozione venga successivamente revocata.

La quarta, ed ultima: il cognome adottivo è trasmesso ai discendenti dell'adottato, non solo a quelli sopravvenuti dopo la sentenza di adozione, ma anche a coloro – figli legittimi – che siano già nati prima della precitata sentenza. Ciò in ragione di una logica tutela paritaria di tutti i figli legittimi dell'adottato, in nome del principio dell'unità della famiglia, che trova espressione formale nell'unicità del cognome di ogni suo membro di appartenenza.

2.6 La revoca e la cessazione dello stato di figlio adottivo

Cominciamo con il dire che lo stato di figlio adottivo è considerato uno stato definitivo della persona. La legge, tuttavia, ammette all'art. 305 del codice civile una limitata possibilità di revoca dello stato di figlio adottivo mediante sentenza del tribunale. La revoca può essere pronunciata su domanda dell'adottante in caso di indegnità dell'adottato, o su domanda dell'adottato in caso di indegnità dell'adottante⁸¹.

Su di essa è competente a pronunciarsi il tribunale e la competenza per territorio si determina dal luogo di residenza dell'adottante. È peraltro necessario l'intervento del P.M. ai sensi dell'art. 70 del codice di procedura penale, poiché si verte in materia di controversie di stato.

La sentenza ha efficacia costitutiva facendo venir meno gli effetti dell'adozione dal suo passaggio in giudicato. Un'eccezione a tale efficacia *ex nunc* è quella prevista per il caso di revoca pronunciata dopo la morte dell'adottante per fatto imputabile all'adottato.

⁸¹ V. CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pag. 91: "La domanda di revoca dell'adozione va proposta con citazione ordinaria ad istanza dell'adottante o dell'adottato, a seconda che sia fondata sull'indegnità del secondo o del primo. Se l'adottato è un interdetto, l'azione deve essere promossa dal tutore; se è un inabilitato non è necessaria l'assistenza del curatore".

In tal caso l'efficacia *ex tunc* riguarda solo gli effetti successori in quanto l'adottato e i suoi discendenti sono esclusi dalla successione dell'adottante. La cessazione di tutti gli altri effetti decorrerà anche in questo caso dal passaggio in giudicato della sentenza di revoca dell'adozione⁸².

Da un punto di vista cronologico la revoca può essere esercitata finché non sia emessa dal Tribunale la sentenza di adozione. Così stabilisce l'art. 298, al secondo comma, del codice civile⁸³.

Le cause della revocabilità si rinvergono in particolare nell'indegnità dell'adottato o dell'adottante. Rendono indegni l'attentato all'adottato o dell'adottante alla vita, rispettivamente, dell'adottante o dell'adottato o del loro coniuge, discendenti o ascendenti o la commissione nei loro confronti di un reato punibile con pena non inferiore a tre anni (lo stabiliscono gli articoli 305 e seguenti del codice)⁸⁴.

Si tratta, è bene specificarlo, di cause tassativamente previste dalla legge. La tassatività infatti si deduce dalla lettura dello stesso art. 305, che dispone che l'adozione si può revocare solo nei casi previsti dagli articoli 306 e 307.

2.7 La natura giuridica dell'atto di adozione

Prima di trattare gli aspetti legati alla giurisprudenza di maggiore rilievo sull'adozione, sembra interessante affrontare un ultimo argomento, inerente la natura giuridica del provvedimento di adozione. Esistono due tesi diverse: secondo alcuni si tratterebbe di un atto di concessione costitutiva, in quanto il diritto verrebbe creato a seguito di una valutazione discrezionale dell'autorità.

⁸² Occorre tuttavia precisare che non è necessario che il fatto imputabile all'adottato sia la morte dell'adottato; è necessario che la revoca sia disposta per il verificarsi di una delle fattispecie previste dall'art. 306.

⁸³ Peraltro la norma riporta un singolare refuso. Nel testo infatti manca di coordinarsi con il testo dell'art. 313 del codice civile, e cita ancora il decreto, anziché la sentenza di adozione. È tuttavia pacifica l'interpretazione per cui la parola decreto debba essere letta come "sentenza". Nota questo aspetto CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pag. 84: "Il riferimento alla forma del decreto contenuto in tale disposizione, come in ogni altra disposizione dello stesso articolo, deve ritenersi sostituito dal riferimento alla forma della sentenza. L'art. 30 della legge n. 149 del 2001 ha infatti modificato l'art. 313 del codice civile prevedendo che il tribunale provvede con sentenza decidendo di far luogo o non far luogo all'adozione. Nessun riferimento la legge di modifica fa all'art. 298, ma la sostituzione della dicitura decreto con quella di sentenza anche all'art. 298 è consequenziale alla modifica dell'art. 313".

⁸⁴ Cfr. GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 2006, pag. 851 ss.

Secondi altri autori invece si tratterebbe di un atto di accertamento costitutivo, in quanto il tribunale verificando l'adempimento delle condizioni richieste dalla legge si limiterebbe a rendere attuale un diritto di cui il privato avrebbe già la potenziale titolarità.

Si tratta, a ben vedere, di una questione simile, ma non identica, al dibattito sulla tesi negoziale o giudiziale del processo di adozione. Un dibattito che dimostra due cose: anzitutto che l'impianto legislativo non è completo e necessiterebbe di ulteriori interventi in funzione chiarificatrice. Non solo, il dibattito è anche interessante perché apre la strada all'esame della giurisprudenza più significativa in tema di adozione. Infatti, le pronunce di cui si parlerà nelle pagine che seguono sono tutte derivanti dall'esigenza di interpretare e sciogliere i principali nodi interpretativi legati all'adozione dei maggiorenni.

3.1 Le questioni dibattute dalla giurisprudenza. Le condizioni di ammissibilità dell'adozione alla presenza di altri discendenti

Le questioni che la giurisprudenza costituzionale ed ordinaria hanno dibattuto nel corso degli anni sono numerose e tutte di grande interesse. Si è deciso pertanto di procedere ad una ricognizione dei temi di maggiore rilevanza, proprio attraverso l'esame sentenze più significative.

Un primo aspetto di grande rilievo è quello riguardante le condizioni per l'adozione. Come si è già detto, l'adozione ordinaria può essere effettuata anche da uno solo dei coniugi, tra loro non separati (qualora non vi sia la richiesta congiunta di entrambi), richiedendosi il necessario assenso del coniuge dell'adottante, non separato, ai sensi dell'art. 297, primo comma, del codice civile. Ciò a differenza dell'adozione in casi particolari che, *ex art. 44*, punto 3, della legge 184, può essere disposta solo a favore di entrambi i coniugi che non siano separati.

Inoltre, ed è questo il problema che ci interessa, occorre che vi sia l'assoluta mancanza di discendenti legittimi o legittimati per l'adottando, ai sensi dell'art. 291, al primo comma. Proprio questa condizione è stata però temperata dall'intervento della Corte costituzionale, in due sentenze. La prima sentenza è la n. 557 del 19 maggio 1988. In essa la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del predetto comma dell'art. 291, nella parte in cui non consente tale adozione a persone che abbiano discendenti legittimi o legittimati maggiorenni o

consenzienti, rilevando, in contrasto con l'art. 3 della costituzione, che il coniuge dell'adottante possa prestare il proprio assenso all'adozione, *ex art.* 297, primo comma, codice civile, mentre tale facoltà non sia riconosciuta ai discendenti legittimi o legittimati maggiorenni⁸⁵.

La seconda sentenza è la numero 245 del 20 luglio 2004. In essa la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dello stesso comma dell'art. 291 del codice civile, nella parte in cui non prevede che l'adozione di maggiorenni non possa essere pronunciata in presenza di figli naturali, riconosciuti dall'adottante, minorenni o, se maggiorenni, non consenzienti⁸⁶.

Questa seconda sentenza merita un approfondimento. La Corte, in essa, rilevava la circostanza per cui, a seguito della sentenza 557, sia la dottrina che la giurisprudenza ordinaria, erano giunte ad interpretare l'art. 291 nel senso che il divieto di adozione di maggiorenni si applicasse a coloro che avessero figli legittimi o legittimati minori, o, se maggiorenni, non consenzienti, e non anche a coloro che avessero figli riconosciuti.

Questa interpretazione – secondo la Corte – evidenziava: “Un'illegittima disparità di trattamento fra figli legittimi e figli naturali, riconosciuti ed in pregiudizio dei secondi, in quanto le ragioni di indole morale e patrimoniale, che consentivano ai primi di opporsi all'adozione, valevano anche per i figli naturali. D'altro canto, nella situazione presa in esame non erano ipotizzabili profili di incompatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima che giustificassero un trattamento normativo differenziato”⁸⁷.

Attualmente, dunque, ne consegue che il divieto di adottare è limitato per chi abbia figli minorenni legittimi, legittimati e naturali e per coloro che abbiano figli maggiorenni legittimi, legittimati e naturali non consenzienti all'adozione.

3.2 La posizione della Cassazione e della giurisprudenza ordinaria

⁸⁵ V. CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pag. 77: “La Corte costituzionale ha ritenuto che la tutela dei figli legittimi o legittimati non abbia ragione di essere quando essi esprimano il consenso all'adozione. Conseguentemente ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 1 dell'art. 291 nella parte in cui non consentiva l'adozione a persone che avessero discendenti legittimi o legittimati maggiorenni e consenzienti”

⁸⁶ V. THOMAS R., *L'adozione*, Milano, 2005, pag. 357., *L'adozione*, Milano, 2005, pag. 360: “Invero la Corte costituzionale rilevava che la precedente sentenza n. 557 del 1988, aveva dichiarato la illegittimità costituzionale della norma citata nella parte in cui non consentiva l'adozione a persone che avessero discendenti legittimi o legittimati maggiorenni e consenzienti”.

⁸⁷ La sentenza è integralmente riportata sul sito internet della Corte costituzionale: www.cortecostituzionale.it

Con riferimento al problema sollevato (e risolto) dalla Corte costituzionale, è intervenuta anche la Corte di Cassazione.

Quest'ultima, con la recente sentenza n. 2426 del 2006, è partita dalla considerazione che la finalità dell'adozione ordinaria non è solo quella tradizionale di trasmissione del nome e del patrimonio, ma anche quella di consolidamento dell'unità familiare attraverso la formalizzazione di un rapporto di accoglienza già sperimentato e concretamente vissuto⁸⁸.

Ebbene, sostiene il giudice, al pari delle ipotesi dell'adozione in casi particolari, anche qui sarebbe possibile ampliare l'adozione a quei maggiorenni figli del coniuge che già appartenga, insieme al proprio genitore naturale, e ai fratelli, minorenni, *ex uno latere*, al contesto affettivo della famiglia e di accoglienza dell'adottante.

Secondo la Cassazione il consenso all'adozione di figli (legittimi, legittimati o naturali) maggiorenni dell'adottante rappresenta lo strumento per realizzare un bilanciamento di interessi: la tutela dei membri della famiglia legittima o naturale, da un lato; il *favor* verso l'istituto dell'adozione, dall'altro.

La Corte costituzionale, spiega il giudice, facendo cadere le limitazioni irragionevoli all'ammissibilità dell'adozione, ha affidato (alla stregua di quanto già previsto dal codice per il coniuge dell'adottante) la salvaguardia dei diritti dei membri della famiglia biologica all'autorizzazione privata di coloro che, essendo interessati, sia sotto l'aspetto patrimoniale che sotto quello morale, alla costituzione del vincolo, risentirebbe degli effetti del rapporto senza essere parti dello stesso.

Ma, continua la Cassazione, quando l'adozione di maggiorenne riguardi un soggetto, il figlio del coniuge, che già sia membro della comunità di affetti della famiglia dell'adottante, non c'è spazio per un consenso dei figli (legittimi, legittimati o naturali) dell'adottante medesimo, inteso come condizione di ammissibilità dell'adozione. Tale consenso, infatti, cessando di fungere da strumento di compatibilità tra interessi contrapposti, verrebbe a preservare l'unità e l'esclusività di un gruppo, non nei confronti di un terzo estraneo, ma nei riguardi di un

⁸⁸ Aggiunge THOMAS R., *L'adozione*, Milano, 2005, pag. 360: "(...) evenienza niente affatto esclusa né resa improbabile dal raggiungimento della soglia dei diciotto anni da parte dell'adottando, sensibilmente più lungo essendo oggi, di regola, il periodo di permanenza dei figli presso i genitori".

soggetto già inserito nel contesto di quel nucleo familiare, al quale, con l'adozione, lo si vuole anche formalmente ascrivere⁸⁹.

Dal canto suo, in merito ad una questione analoga, la giurisprudenza ordinaria ha ritenuto che non costituisca ostacolo all'adozione la presenza di figli naturali riconosciuti dal richiedente l'adozione perché la norma che vieta di adottare a chi abbia discendenti legittimi o legittimati non può essere interpretata estensivamente⁹⁰.

La dottrina⁹¹, a questo ultimo proposito, ha ritenuto che la possibilità evidenziata dalla giurisprudenza ordinaria riveli l'irragionevolezza della limitazione del divieto ai soli figli legittimi o legittimati in quanto, essendo il divieto inteso a non pregiudicare le ragioni successorie dei figli, dovrebbe essere esteso anche ai figli naturali a cui competono le medesime ragioni successorie.

3.3 Il dibattito giurisprudenziale sul cognome dell'adottato figlio naturale

Un'altra materia sulla quale si è pronunciata la Corte costituzionale è quella inerente il cognome dell'adottando. Andiamo con ordine. Il comma 2 dell'art. 299 disciplina gli effetti dell'adozione sul cognome nell'ipotesi di adozione di figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori e di figlio naturale riconosciuto dai propri genitori che sia successivamente adottato. Nel primo caso, la norma prevedeva che l'adottato assumesse solo il cognome dell'adottante perdendo il proprio⁹², destando in dottrina grandi perplessità⁹³.

⁸⁹ V. THOMAS R., *L'adozione*, Milano, 2005, pag. 357: "In una tale situazione peculiare, l'interesse patrimoniale dei figli dell'adottante deve ritenersi subordinato rispetto alla finalità di assicurare legami più stabili all'interno della famiglia di accoglienza, nello specifico interesse anche di costoro, oltre che dell'adottando, sebbene l'adozione costituisca un rapporto personale tra adottato ed adottante".

⁹⁰ Si veda ad esempio la sentenza del Tribunale dei Minori di Cagliari, nel 25 settembre 1982, riportata in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1982, pagg. 1352 ss.

⁹¹ Cfr. CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pagg. 77 ss.

⁹² V. CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pag. 86: "La deroga alla regola generale, che vuole che il cognome dell'adottante si aggiunga a quello dell'adottato, veniva giustificata con la considerazione che il figlio naturale non riconosciuto non ha un proprio *status* familiare".

⁹³ Nel secondo caso, invece, la norma dispone che il figlio naturale riconosciuto che sia successivamente adottato assume il cognome dell'adottante. La norma non precisa se il cognome dell'adottante viene assunto in sostituzione o in aggiunta a quello proprio, ma il confronto della disposizione in esame con quella relativa ai figli non riconosciuti, nella quale si precisa espressamente che essi acquistavano solo il cognome dell'adottante poteva far ritenere che i figli riconosciuti non perdevano il proprio cognome, ma aggiungevano al proprio, antepoendolo, il cognome dell'adottante, in applicazione del principio generale.

Ed in effetti la Corte costituzionale, con la sentenza n. 120 del maggio 2001, ha dichiarato la norma incostituzionale. Il giudice ha ritenuto fondata la questione sollevata dalla corte d'appello di Palermo, rilevando che la scelta normativa di privare l'adottato del cognome di fantasia attribuitogli dall'ufficiale dello stato civile, che poteva rivelare l'origine illegittima del figlio non riconosciuto, violava l'art. 2 della Costituzione, dovendosi ritenere principio consolidato quello per cui il diritto al nome (quale primo e più immediato segno distintivo che caratterizza l'identità personale) costituisce uno dei diritti inviolabili della persona umana⁹⁴.

3.4.1 Le altre pronunce rilevanti della Cassazione. Ancora della natura negoziale dell'adozione

Proseguiamo la nostra ricognizione delle pronunce di maggiore interesse.

Nell'ampio numero di sentenze a disposizione, se ne sono scelte quattro, per la loro importanza e peculiarità.

La prima sentenza è la n. 4461 del 4 luglio 1983. In essa il giudice ha stabilito che, nel procedimento di adozione ordinaria, il consenso dell'adottante previsto dall'art. 296 del codice civile come necessario per far luogo all'adozione, pur non avendo natura contrattuale, costituisce pur sempre un negozio di diritto familiare, soggetto a controllo di legittimità e di merito da parte dell'autorità giudiziaria.

La sentenza è interessante per due motivi. Il primo è che sembra dare rilevanza alla tesi di natura negoziale, piuttosto che quella giudiziale, secondo l'indirizzo di cui s'è già parlato in precedenza.

Il secondo motivo è che, dalla natura negoziale, il giudice fa discendere conseguenze di rilievo. In particolare, poiché il negozio conserverebbe la sua sfera di autonomia anche dopo il decreto di adozione, non sarebbe suscettibile di passare in cosa giudicata. Circostanza questa

⁹⁴ Nel caso di specie poi non solo l'interessato aveva sempre usato il suo cognome e l'aveva trasmesso anche ai propri figli, ma tale segno distintivo si era radicato nel contesto sociale in cui egli viveva, sicché precludere all'adottato la possibilità di mantenerlo si risolveva in un'ingiusta privazione di un elemento della sua personalità".

per cui la sua impugnazione si configura come impugnazione del negozio e non come azione di nullità del procedimento⁹⁵.

3.4.2 L'incapacità naturale dell'adottante

Una seconda sentenza è la n. 4694 del 1992. In questa circostanza la Cassazione stabilisce che nel caso di incapacità naturale dell'adottante all'atto dell'emissione del consenso, la mancanza di una espressa previsione normativa, circa le persone legittimate a far valere la suddetta situazione invalidante, raffrontata alla dettagliata e specifica indicazione delle categorie di persone e congiunti legittimati a proporre le singole azioni dettate dal codice civile in materia di diritto di famiglia, esclude che possa trovare applicazione la disposizione di ordine generale di cui all'art. 428 del codice civile.

Infatti, chiarisce il giudice, tale norma, nel consentire l'esercizio dell'azione anche agli eredi e aventi causa, appare volta a tutelare interessi essenzialmente patrimoniali con la conseguenza che il soggetto legittimato a proporre l'impugnazione del consenso dell'adottato è soltanto lo stesso adottante, titolare della posizione soggettiva in contestazione, dovendo tale azione considerarsi esclusivamente personale e non trasmissibile se non esercitata in vita dal predetto titolare del rapporto adottivo.

3.4.3 La costitutività del decreto che pronuncia l'adozione

Molto interessante è la sentenza n. 13171, del 16 luglio 2004. In essa il giudice stabilisce che il decreto che pronuncia l'adozione di persone di maggiore età è costitutivo dell'adozione, produce effetti direttamente incidenti sullo *status* dell'adottando ed è connotato dalla stabilità.

⁹⁵ Nella medesima sentenza il giudice ha chiarito che il termine massimo per far valere i vizi del consenso (nel caso di specie si discuteva della violenza morale sull'adottante) in mancanza di espressa previsione, è quello quinquennale fissato in generale dall'art. 428 del codice civile in tema di incapacità naturale, la cui disciplina è applicabile anche ai negozi di contenuto non patrimoniale e quindi anche ai negozi familiari, attesa l'affinità dei due vizi e considerato l'interesse del minore alla certezza dello stato.

Circostanza quest'ultima comprovata dalla previsione della sua revocabilità soltanto in casi tassativi e specifici, in conseguenza di fatti sopravvenuti e con efficacia *ex tunc*⁹⁶.

3.4.4 L'adozione congiunta di maggiorenne e minorenni

In un caso molto particolare la Cassazione ha ammesso la possibilità di adottare contemporaneamente un maggiorenne ed un minorenni, pur non sussistendo per il maggiorenne il divario legale⁹⁷.

Nel caso di specie, riguardante l'adozione di prole del coniuge dell'adottante (composta, appunto, da due figli: uno di minore ed uno di maggiore età), la Corte ha ritenuto consentita l'attrazione della disciplina dell'adozione del maggiorenne nella disciplina già vigente per l'adozione del figlio minore al fine di non compromettere la realizzazione del valore etico-sociale dell'unità familiare.

Sulla questione di è pronunciata anche la Corte costituzionale, la quale ha fatto salva la legittimità dell'art. 291 del codice civile nella parte in cui stabilisce che l'adottante deve superare di almeno 18 anni l'età dell'adottato, senza prevedere che il giudice possa ridurre la differenza di età richiesta da tale disposizione, nel caso di adozione di figlio maggiorenne, anche adottivo, dell'altro coniuge⁹⁸.

4. Conclusioni

⁹⁶ Secondo l'interpretazione della Corte allora siffatto decreto ha natura di provvedimento decisorio e definitivo, ed i vizi processuali e sostanziali che lo inficiano ne determinano la nullità e si convertono in motivi di impugnazione e possono essere fatti valere esclusivamente con il mezzo di impugnazione previsto dall'ordinamento. La conseguenza è che la decadenza dell'impugnazione comporta che gli stessi, in applicazione del principio posto dall'art. 161 del codice di rito, non possono essere più dedotti, neppure con la *actio nullitatis*, esperibile nei limitati casi in cui una pronuncia sia stata emessa in assoluta carenza di potere giurisdizionale, in riferimento ad un provvedimento che si configura come abnorme.

⁹⁷ La sentenza viene commentata approfonditamente da CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pagg. 76 ss.

⁹⁸ Cfr. CAMPANATO G., ROSSI V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, pagg. 75 ss.

La rassegna delle pronunce dei giudici ordinari e costituzionali che si è riportata nelle pagine precedenti dovrebbe essere in grado di offrire un panorama adeguato della complessità delle questioni coinvolte dal tema dell'adozione.

Nella introduzione della ricerca ci si era proposti di dimostrare la complessità e l'attualità di un istituto, nonostante che – senza timore di essere smentiti – lo si fosse definito anche un istituto minoritario. Certamente meno importante rispetto alla figura dell'adozione dei soggetti minori di età.

Ebbene, lo scopo può dirsi raggiunto. La disamina del dibattito giurisprudenziale ne è la riprova. Non solo le questioni problematiche le corti hanno affrontato e risolto, ma anche l'ampio dibattito che ne è sorto, sono indici di un tasso di problematicità elevato. Quindi, di conseguenza, dimostrano la complessità dell'istituto e dei profili che esso viene ad intaccare.

Gianluca Sgueo

DIRITTO PENALE**PROCESSO PENALE: dibattito e riprese audiovisive***Angelo Fanelli*

Sommario: 1. La pubblicità delle udienze ed il rischio di “spettacolarizzazione”. – 2. L’art. 147 disp. att. c.p.p. ed il contemperamento degli interessi coinvolti nel processo penale. – 3. Il concetto di “interesse sociale particolarmente rilevante alla conoscenza del dibattito”. – 4. Gli effetti della pubblicità del dibattito sui diritti della persona. – 5. Cronaca giudiziaria e criteri di liceità nella giurisprudenza. – 6. Segretezza ed informazione nel nuovo processo penale. – 7. Il diritto all’oblio.

La pubblicità delle udienze ed il rischio di “spettacolarizzazione”. – La problematica dei limiti del diritto di cronaca giudiziaria in rapporto alla salvaguardia dei diritti della personalità è oggi quanto mai attuale.

Accanto alla pubblicità “immediata”, costituita dalla presenza fisica del pubblico nel luogo dove si celebra il processo, esiste una pubblicità c.d. “mediata”, alla quale ha dato un particolare sviluppo la stampa, specie quotidiana, stimolata dalla curiosità del pubblico per le vicende giudiziarie in genere e per talune di esse in particolare, alla quale si sono ormai aggiunti i mezzi audiovisivi⁹⁹. Risalgono, infatti, alla fine del 1980 trasmissioni relative a casi giudiziari, già conclusi o ancora in corso, come “Il Testimone”, “Telefono Giallo”, “Un giorno in pretura”. Quest’ultima in particolare mandava in onda le riprese audiovisive di processi penali aventi ad oggetto fatti di ordinaria criminalità. Tutto ciò fu favorito dal nuovo codice di procedura penale, entrato in vigore nell’ottobre 1989.

In realtà il nuovo programma poté avvantaggiarsi non solo di una specifica disposizione, l’art. 147 disp. att. c.p.p., che consente al giudice di autorizzare la trasmissione televisiva del

⁹⁹ CRESPI A., *Pubblicità delle udienze e rispetto della persona*, in *Quaderni dell’Avvocatura*, II, 1995, p. 359

dibattimento, ma anche della circostanza per cui il nuovo processo penale, in quanto strutturato su un modello accusatorio, è adatto alla rappresentazione televisiva. Nel nuovo processo le parti, pubblico ministero ed imputato, diventano protagoniste dell'istruzione dibattimentale, spetta a loro proporre in contraddittorio, nei tempi e nei modi migliori per convincere il giudice delle ragioni dell'accusa e della difesa, gli elementi di prova raccolti nella precedente fase della indagini. Così la tecnica dell'esame incrociato di testimoni e consulenti tecnici, la presentazione di documenti, ecc., tutto concorre a realizzare uno spettacolare confronto tra accusa e difesa davanti al giudice e al pubblico che assiste all'udienza¹⁰⁰. È da notare, inoltre, che nella fase dibattimentale il giudice svolge prevalentemente un ruolo di arbitro dell'azione delle parti, infatti, anch'egli come il pubblico ignora quasi tutto degli elementi di prova che le parti intendono escutere, così che lo sviluppo e l'esito del dibattimento può riservare colpi di scena ed avvenimenti imprevedibili¹⁰¹. Dunque il nuovo processo accusatorio, a differenza di quello inquisitorio, possiede intrinseche qualità spettacolari che favoriscono il coinvolgimento del pubblico nella vicenda.

Dalla previsione legislativa di una specifica disciplina delle riprese audiovisive, evidentemente effettuate non a scopo di documentazione, dalla circostanza, cioè, che il legislatore ha sentito l'esigenza di fornirne una disciplina ad hoc, emerge la diversità del mezzo televisivo, per la sua capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica e per il rilevante potere sociale conferito a chi lo controlla rispetto agli altri mezzi di comunicazione di massa.

Esiste pertanto una sostanziale differenza tra un servizio sullo svolgimento di un determinato dibattimento, consistente per esempio in riprese di alcuni momenti del processo accompagnate dal commento del giornalista, e la trasmissione integrale del dibattimento o di parte di esso, la quale realizza un effetto virtuale di partecipazione all'evento, che coinvolge persone che fisicamente si trovano in luoghi distanti. Mentre il primo tipo di comunicazione è analogo a quelli utilizzati dalla stampa, risolvendosi in un'illustrazione visiva e auditiva del commento del giornalista. Si pensi ai servizi di cronaca giudiziaria trasmessi dal telegiornale e, dunque,

¹⁰⁰ RICCIUTO V., *Giustizia penale e spettacoli televisivi*, in *Dir. Inf.* 1993, p. 187

¹⁰¹ SERGIO G., *La giustizia e i nuovi mezzi di comunicazione*, in *Questione giustizia* 1994, p. 93

costituisce esercizio del diritto di cronaca, la trasmissione radiofonica o televisiva del dibattito, in diretta o in differita, realizza una nuova comunicazione che consente una nuova forma di pubblicità del dibattito, la pubblicità a distanza.

Se apparentemente la ripresa televisiva si configura come una neutrale registrazione degli avvenimenti, e quindi una oggettiva e fedele rappresentazione della realtà, un mezzo di contatto diretto tra utente e accadimento, in realtà al pari della lingua scritta e parlata è in grado di fornire un commento degli accadimenti, a seconda delle modalità della ripresa. Mentre nella cronaca radiofonica esiste la voce del commentatore a imporsi, e quindi a mediare, fra l'evento e chi ascolta, e nella stampa c'è il giornalista, nella ripresa televisiva lo spettatore è esposto al fluire delle immagini senza alcuna mediazione, nella maggior parte dei casi senza gli strumenti per poter distinguere il messaggio trasmesso attraverso la cronaca visiva. Chi guarda può essere quindi indotto con una certa facilità a dare credito ad ogni risultato voluto.

Sono le variazioni di piano, campo lungo, campo ravvicinato, dettaglio, e di durata dell'inquadratura, gli accorgimenti che possono influire sul giudizio dello spettatore, sottolineando l'ideologia politica o religiosa le simpatie o antipatie di chi utilizza le telecamere. Tanto che in giurisprudenza si è sentita recentemente l'esigenza di sottrarre le riprese dei processi all'arbitrio dei realizzatori, adottando come soluzione unica per tutti la ripresa in campo lungo, cioè la visione del totale dell'aula¹⁰². Con questo espediente si fornisce allo spettatore soltanto uno sguardo generale del dibattito, viene tolta pertanto alle telecamere la possibilità di scrutare l'imputato, di privilegiare a seconda dei momenti i dettagli della sua persona, gli occhi, l'espressione del volto, le minime reazioni, o gli accessori dell'abbigliamento che potrebbero portare a trarre giudizi secondo la volontà del regista.

¹⁰² Trib. Brescia 23 settembre 1996, in *Dir. Inf.* 1997, p. 340, che pur consentendo la ripresa televisiva del dibattito, in quanto ininfluenza sul sereno e regolare svolgimento dello stesso, impone che la ripresa venga effettuata "nell'osservanza di precise limitazioni e modalità, quali il divieto di diffusione delle immagini in diretta e dell'uso di telecamere mobili".

Si pensi ancora ad una riproposta televisiva avente ad oggetto riprese non effettuate in diretta¹⁰³, ma di cui in un secondo momento viene assemblata la registrazione. Se il montaggio delle immagini non é effettuato con correttezza, ma attraverso l'uso di espedienti come gli accostamenti suggestionanti di immagini, l'insistenza delle riprese su determinati particolari, la soppressione di immagini ritenute superflue, tutto ciò può incidere sulla dignità dell'individuo oltre che sulla verità dei fatti.

Non si vuole così porre in discussione il principio della pubblicità delle udienze che, per altro, anche il codice di procedura penale vigente (art. 471 n. 1), al pari di quello abrogato (art. 423, 1° comma), stabilisce a pena di nullità, ma sottolineare il rischio di degenerazioni di tale principio, funzionali alla trasformazione dell'udienza penale in una sorta di spettacolo a scapito oltreché dei diritti della personalità, anche della corretta e naturale amministrazione della giustizia¹⁰⁴. Tanto più che, come confermato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, il principio di pubblicità delle udienze penali assume, nel vigente ordinamento, il rango di principio costituzionale. Nonostante il silenzio serbato dalla Costituzione, la Corte, con una prima presa di posizione sull'argomento, ha riconosciuto fondata una questione di legittimità relativa ai limiti della cronaca giudiziaria a mezzo stampa. In essa si legge che “la pubblicità del dibattimento é garanzia di giustizia, come mezzo per allontanare qualsiasi sospetto di parzialità, ed anche le norme che disciplinano i casi nei quali, a tutela di svariati interessi, é necessario derogare al principio della pubblicità, debbono attenere al retto funzionamento della giustizia, bene supremo, garantito anch'esso dalla Costituzione”¹⁰⁵. In una successiva pronuncia la Corte ravvisa il fondamento costituzionale del principio di pubblicità del processo nell'art. 101 comma 1° della Cost., in forza del quale “la giustizia é amministrata in nome del popolo”¹⁰⁶, ammettendo così che anche i principi costituzionali possono ricavarsi seppur implicitamente dalle norme.

¹⁰³ In merito alla trasmissione televisiva in diretta del dibattimento vd. Trib. Palermo 26 settembre 1995, in *Dir. Inf.* 1997, p. 535, che esclude la trasmissione in diretta del dibattimento in quanto “apporta un connotato di spettacolarità nel processo, senza alcuna refluenza sull'esercizio del diritto di cronaca”.

¹⁰⁴ CRESPI A., op. ult. cit., p. 37.

¹⁰⁵ Corte Cost. sent. n.25/1965, in in Consulta online (www.giurcost.org)

¹⁰⁶ Corte Cost. sent. n.12/1971, in in Consulta online (www.giurcost.org)

In tale ottica si situa la formula dell'art. 101 comma 1°, Cost., la quale pertanto, rendendo palese che il titolare ultimo dell'attività di amministrare giustizia è il popolo, implica che a favore di quest'ultimo il legislatore ordinario predisponga strumenti conoscitivi idonei a realizzare il controllo pubblico sul modo con cui la giustizia viene amministrata. Pertanto eventuali limiti legislativi al principio di pubblicità sarebbero legittimi solo in quanto giustificati dall'esigenza di tutela di altrettanti interessi di pari rango. Il processo penale, insomma, è pubblico; qualsiasi mezzo che quella pubblicità garantisca o rafforzi è dunque pienamente ammissibile, senza possibilità di distinguere l'attività di divulgazione a mezzo stampa da quella propria di altre tecnologie idonee anch'esse a diffondere fatti e notizie, purché ovviamente non coperti da segreto¹⁰⁷.

L'art. 147 disp. att. c.p.p. ed il contemperamento degli interessi coinvolti nel processo penale – Con l'art. 147 disp. att. c.p.p., che disciplina la pubblicità delle udienze dibattimentali, il legislatore ha tentato un contemperamento degli interessi pubblici e privati coinvolti nel processo. Tale norma ha legittimato la ripresa e trasmissione televisiva del dibattimento subordinandola al consenso delle parti. Se le parti vi consentono, il giudice, ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca, “può autorizzare in tutto o in parte la ripresa fotografica, fonografica o audiovisiva ovvero la trasmissione radiofonica o televisiva del dibattimento, purché non ne derivi pregiudizio al sereno e regolare svolgimento dell'udienza o alla decisione”¹⁰⁸. Ad una prima lettura sembra che la norma voglia assicurare un equilibrato soddisfacimento del diritto di cronaca, da un lato, e del diritto alla riservatezza delle parti, dall'altro¹⁰⁹, escludendo appunto le riprese se le parti o anche una soltanto di esse non vi consenta.

Il comma 2° introduce però una deroga al principio espresso dal comma 1°, disponendo che l'autorizzazione alle riprese audiovisive, può essere data anche senza il consenso delle parti, quando sussista un “interesse sociale particolarmente rilevante” alla conoscenza del dibattimento.

¹⁰⁷ CRESPI A., op. ult. cit., p. 37

¹⁰⁸ RIDOLFI C., *Persona e mass-media*, CEDAM, 1995, p. 102 ss.

¹⁰⁹ SERGIO G., *La giustizia e i nuovi mezzi di comunicazione*, in *Questione giustizia* 1994, cit., p. 217 ss.

La tutela dell'immagine delle persone coinvolte a qualsiasi titolo nel processo é assicurata in ogni caso dal comma 3° della disposizione, in cui si dice che il presidente, anche nei casi in cui autorizzi la ripresa o la trasmissione ai sensi del primo e del secondo comma, vieta la ripresa delle immagini di parti, testimoni, periti, consulenti tecnici, interpreti e di ogni altro soggetto che deve essere presente al processo, "se i medesimi non vi consentono o la legge ne fa divieto". In questo caso l'udienza dibattimentale potrà essere ripresa ma, a tutela della riservatezza di chi si oppone alla divulgazione della propria immagine verrà adottata la tecnica dell'oscuramento delle immagini; quando al contrario, nel corso dell'udienza, non sia stato manifestato dal soggetto ripreso alcun dissenso, non potrà essere accolta l'opposizione proposta dallo stesso successivamente alla messa in onda della sua immagine¹¹⁰. Infine a norma del quarto comma non possono essere mai autorizzate le riprese o le trasmissioni dei dibattimenti che si svolgono a porte chiuse a norma dell'art. 472 commi 1, 2 e 4 del codice¹¹¹.

Il comma 1° dell'art. 147 disp. att. c.p.p. impone al giudice di subordinare le riprese audiovisive del dibattimento, anche qualora le parti abbiano manifestato il loro consenso, alla condizione ultima che "non ne derivi pregiudizio al sereno e regolare svolgimento dell'udienza o alla decisione". Ora, la presenza in aula dei mezzi di ripresa televisiva può influire sul comportamento di tutte le persone coinvolte nel processo, dai giudici ai difensori, dagli imputati ai testimoni. Sapersi esposti non ad un pubblico visibile, ristretto e confinato dentro le dimensioni dell'aula, ma a milioni di persone, può influire sul comportamento degli individui, può incidere, per esempio, sul contenuto di interrogatori o deposizioni testimoniali inducendo chi vi si sottopone a tacere particolari dei fatti soprattutto se attinenti alla propria vita privata.

¹¹⁰ V. in proposito Trib. Roma 19 febbraio 1993, in *Dir. Inf.*, 1993, p. 152, che ha rigettato la richiesta di inibitoria alla messa in onda delle riprese dibattimentali, inoltrata dall'imputato, per essersi lo stesso reso conto dell'esistenza della facoltà di proporre opposizione alle riprese, in quanto questa era stata esercitata da un teste nel corso del dibattimento.

¹¹¹ A norma dell'art. 472 commi 1, 2 e 4, c.p.p., il giudice dispone che il dibattimento o alcune parti di esso si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere al buon costume o quando può comportare la diffusione di notizie da mantenere segrete nell'interesse dello Stato. Ancora quando si procede all'assunzione di prove che possono causare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni ovvero delle parti private in ordine a fatti che non costituiscono oggetto dell'imputazione. Infine quando si procede all'esame di minorenni.

Ma, come precisato sopra, essendo l'impiego dei mezzi audiovisivi subordinato all'unico requisito della serenità e regolarità dello svolgimento dell'udienza, e alla correttezza della decisione, la tutela della riservatezza delle parti private e dei testimoni non potrebbe mai essere utilizzata per giustificare una decisione che escluda l'accesso delle telecamere dall'udienza. Tuttavia, a ben guardare la serenità ed equità della decisione non potranno sicuramente essere affermate quante volte il contenuto della sentenza fosse il risultato di un interrogatorio o di una deposizione influenzati dalla consapevolezza dell'imputato o del testimone di essere inquadrati dalla telecamera, e di essere conseguentemente portati con la propria immagine e la propria voce dinanzi a un pubblico di milioni di telespettatori¹¹².

Anche l'interesse alla riservatezza, pertanto, non è di natura extraprocessuale se il pericolo di una sua lesione vale a stimolare una versione differente rispetto a quella che si sarebbe verosimilmente resa se l'udienza, anziché allargata anche al pubblico televisivo fosse stata limitata alla sola aula giudiziaria. Dunque proprio il limite cui fa riferimento il comma 1° dell'art 147 disp. att. c.p.p. potrebbe costituire un aggancio normativo seppure indiretto per la tutela dei diritti della personalità, ogniqualvolta il giudice accertasse il reale e concreto pericolo che la presenza delle telecamere, influenzando sul comportamento delle parti, possa incidere in ultima analisi sulla correttezza della decisione. Pertanto il giudice potrà escludere i mezzi audiovisivi dall'aula o al più ammetterli ma assicurando che le riprese vengano effettuate "con modalità tali da non turbare lo svolgimento dell'udienza stessa e l'acquisizione della prova" qualora ravvisi un conflitto con interessi fondamentali come quelli alla serenità del giudizio e in generale alla corretta amministrazione della giustizia¹¹³.

Nella ricerca di una corretta "interazione tra accesso dei mezzi audiovisivi nella pubblica aula di udienza e giusta decisione" particolare interesse assume quella decisione del Tribunale di Milano, che ha vietato, indipendentemente dal loro consenso, le riprese di testimoni, periti, consulenti tecnici, interpreti "e di ogni altro soggetto che occasionalmente debba comparire davanti al Collegio giudicante", per la necessità di preservare questi da "dinamiche emotive,

¹¹² VOENA G.P., *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 299

¹¹³ VOENA G.P., op ult. cit., p. 299, il quale sottolinea che la consapevolezza che quanto avviene nel contesto dell'udienza è destinato ad essere diffuso tra gli utenti dei mezzi di informazione è fattore che potrebbe pregiudicare in ultima analisi il regolare svolgimento del dibattimento.

anche a livello inconscio, innescate dalla presenza delle telecamere, con conseguenti riflessi negativi sulla prioritaria esigenza di genuinità delle deposizioni testimoniali e della raccolta delle prove”¹¹⁴.

Né avrebbe senso distinguere fra trasmissione “in diretta” e trasmissione “in differita”, equiparabile quest’ultima ad una forma di cronaca a mezzo stampa, per dedurne l’inopportunità del mezzo audiovisivo in udienza solo nel primo caso. Dal punto di vista della genuinità della prova testimoniale, è evidente, infatti, che in entrambe le surriferite soluzioni non solo il contenuto di interrogatori o deposizioni potrebbe risultare influenzato dalla presenza delle telecamere, ma un teste potrebbe essere suggestionato dal contenuto di una deposizione testimoniale resa nello stesso dibattimento in cui sarà chiamato a deporre, della quale sia venuto a conoscenza attraverso il mezzo televisivo.

Non solo, ma un’altro possibile effetto della presenza delle telecamere in udienza è legato ad un uso improprio ed opposto a quello per il quale le stesse vengono ammesse in giudizio, e cioè il diritto del cittadino all’informazione e alla verifica della corretta amministrazione della giustizia. Può cioè verificarsi la situazione in cui la ripresa televisiva venga addirittura utilizzata, per esempio dall’imputato, per comunicare con l’esterno dell’aula, o addirittura per lanciare messaggi in maniera illecita, far arrivare informazioni alle vittime o inviare ordini e istruzioni. Una nuova materia di riflessione, questa e di valutazione sui possibili effetti dell’accesso delle telecamere, emersa per esempio durante alcuni processi di mafia e che si aggiunge a tutti gli altri problemi della ripresa televisiva all’interno delle aule giudiziarie¹¹⁵.

Quanto infine ai giudici, e al rappresentante del pubblico ministero, si è soliti sostenere che la preparazione professionale e la consapevolezza del ruolo rivestito rappresentino una difesa sufficiente contro l’impatto psicologico dei mezzi audiovisivi, tuttavia, e non è pericolo inconsistente, la presenza dei mezzi audiovisivi, e la conseguente amplificata pressione dell’opinione pubblica soprattutto sull’operato del P.M. potrebbero comprometterne l’azione.

¹¹⁴ Trib. Milano, 17 gennaio 1996, in *Dir. Inf.* 1997, p. 295 ss.

¹¹⁵ BIANCHI G., *Il dibattimento penale e le riprese audiovisive: un connubio possibile?* in *Dir. Inf.*, 1997, p. 56

Il concetto di “interesse sociale particolarmente rilevante alla conoscenza del dibattimento” – L’autorizzazione alle riprese audiovisive dei dibattimenti può essere data, a norma del comma 2° dell’art. 147 disp. att. c.p.p., anche senza il consenso delle parti quando sussiste un “interesse sociale particolarmente rilevante alla conoscenza del dibattimento”. In tal caso il diritto alla riservatezza delle parti, cui si subordina l’autorizzazione a norma del comma 1°, cede di fronte al diritto di informazione dell’opinione pubblica.

Tale criterio é vago e si presta a giustificare soluzioni diametralmente opposte; quando, cioè, esiste intorno ad un determinato dibattimento un interesse pubblico tale da legittimarne la trasmissione televisiva? Non può valere, quale unico criterio il parametro della gravità del reato oggetto della imputazione. Se il ricorso al dato normativo della gravità del reato può servire, infatti, ad evitare un altrimenti ineliminabile soggettivismo del giudice, nello stesso tempo stimola una curiosità che con l’interesse pubblico, che nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto legittimare l’accesso delle telecamere in dibattimento, ha ben poco a che vedere. Anzi proprio a causa del rilievo dato dai mezzi di comunicazione ad un determinato fatto, questo può apparire caricato di un interesse sociale. Pertanto l’interesse attorno ad un processo penale può nascere, per effetto della decisione di ammettere l’impiego dei mezzi audiovisivi anziché fungerne da presupposto¹¹⁶.

Non solo, ma l’interesse della pubblica opinione per un determinato processo è spesso indotto da una stretta interconnessione tra i diversi mezzi di comunicazione. Con riferimento per esempio alla nota indagine “Mani pulite”, la cronaca apparsa sulla carta stampata convogliava, a favore delle relative inchieste penali, un ampio consenso popolare, ben prima che venissero trasmesse le immagini televisive dei processi, celebratisi anni dopo l’inizio dell’indagine stessa. Trasmissione televisiva che, a sua volta, soddisfaceva l’ansia collettiva di “vedere dal vivo” i personaggi entrati, ormai nell’immaginario collettivo.

Il criterio dell’interesse sociale alla conoscenza del dibattimento si presenta pertanto “carico di un insopprimibile soggettivismo”, e risulta inidoneo a distinguere l’esistenza di un interesse sociale connesso all’oggetto dell’imputazione o al ruolo svolto dall’imputato nella società, idoneo come tale a legittimare l’accesso delle telecamere in dibattimento, da quello derivante

¹¹⁶ VOENA G P. *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 125.

da fattori estranei quali, ad esempio, la pregressa notorietà dell'imputato¹¹⁷. Anche, dunque, per l'ampia discrezionalità di cui è investito, il giudice è tenuto a fornire adeguata motivazione delle ragioni per le quali ritiene l'interesse sociale, sia, di spessore tale da giustificare la presenza delle telecamere in dibattimento, superando così la contraria volontà delle parti, sia, idoneo a giustificare la "conoscenza del dibattimento" da parte della collettività.

Il pericolo di una eccessiva spettacolarizzazione della vicenda processuale diverrebbe concreto qualora la presenza delle telecamere in aula venisse subordinata alla sola sussistenza di un interesse collettivo alla conoscenza della vicenda processuale, indotto per esempio dalla sola notorietà dell'imputato, o dalla gravità dell'imputazione. Se si identificasse l'interesse sociale con l'interesse pubblico alla conoscenza, posto che il processo penale è, per definizione, un fatto di interesse pubblico, l'impiego dei mezzi audiovisivi dovrebbe sempre essere consentito¹¹⁸. Si pensi ai dibattimenti trasmessi dal programma "Un giorno in pretura", relativi a piccoli furti e a reati simili.

Si possono avanzare dei dubbi sul fatto che vicende processuali del genere, in confronto al bene personale della riservatezza, rivestano quell'interesse fondamentale per la collettività richiesto dalla legge, mentre tale interesse sussiste senza dubbio nel momento in cui vengono mandati in onda processi contro esponenti della criminalità organizzata, politici accusati di corruzione, e simili questioni di grande rilevanza per il Paese¹¹⁹. In questi casi, infatti, anche il cittadino, in ultima analisi, rappresenta la parte offesa del processo, e ha tutto l'interesse ad essere messo in condizioni di assistervi¹²⁰.

Fermo restando che quando è ammesso l'accesso delle telecamere in dibattimento, o perché le parti non vi si sono opposte, o perché è stato ravvisato dal giudice un interesse sociale alla conoscenza, entra in gioco la correttezza professionale del giornalista tanto più doverosa in questo caso per la capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione

¹¹⁷ BIANCHI G., *Il dibattimento penale e le riprese audiovisive: un connubio possibile?*, in *Dir. Inf.*, 1997, p. 56

¹¹⁸ VOENA G.P., *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, cit. p. 304

¹¹⁹ Tribunale di Brescia 23 settembre 1996, in *Dir. Inf.* 1997 che ha riconosciuto un particolare interesse sociale intorno alla vicenda processuale oggetto di delibazione in quanto relativa alla "ipotizzata costrizione alle dimissioni di un noto magistrato, impegnato in processi per delitti gravissimi contro la Pubblica Amministrazione, condotta attribuita anche a persone che all'epoca dei fatti rivestivano cariche istituzionali.

¹²⁰ RIDOLFI C., *Persona e mass-media*, CEDAM 1995, p. 250.

pubblica del mezzo utilizzato. “Giustizia televisiva”, “processo gogna” sono definizioni che da più parti sono state utilizzate per connotare in modo negativo la trasmissione televisiva dei dibattimenti, soprattutto quando era all’attenzione del pubblico il “processo Cusani”, certamente uno dei più eclatanti della storia repubblicana, anche per aver coinvolto, nel ruolo di imputati di reati connessi, noti esponenti del mondo politico.

È vero a tale proposito che talvolta le critiche nascondono, dietro le argomentazioni teoriche, prese di posizione a favore o contro le persone e gli interessi coinvolti da un determinato processo, ma è altrettanto legittima una certa diffidenza verso un determinato modo di utilizzare il mezzo televisivo, irrispettoso della personalità morale dell’imputato e delle più elementari garanzie che il sistema gli assicura, come il principio di presunzione di innocenza¹²¹.

Il linguaggio visivo si presta particolarmente, attraverso l’utilizzo di espedienti come le prolungate riprese in primo piano su determinati particolari della persona, a trasmettere, senza che ciò sia di immediata evidenza allo spettatore, il messaggio voluto dal regista. Sono note a tutti le riprese della deposizione, nell’ambito del “processo Cusani”, dell’on. Forlani, durante la quale le telecamere indugiavano insistentemente sul gesticolare frenetico delle mani e su alcuni particolari del viso durante l’affermazione della propria estraneità ai fatti addebitatigli, con l’evidente intento di sottolinearne la non veridicità¹²².

Gli effetti della pubblicità del dibattito sui diritti della persona – Le riprese televisive del dibattito non incidono solo sulla riservatezza, sull’onore, sull’identità personale dell’imputato e delle altre parti. Tra gli effetti dell’accesso delle telecamere in dibattito vi è, infatti, anche la potenzialità lesiva che la trasmissione del processo ha sul principio della presunzione di innocenza, sancito dall’art 27 comma 2° della Costituzione¹²³.

Nella prassi, cioè, l’uso di mezzi audiovisivi nel processo genera effetti tali per cui l’imputato che sia stato condannato in primo grado al termine di un dibattito teletrasmesso non potrà far conoscere al pubblico con uguale rilevanza l’eventuale sentenza di assoluzione in appello,

¹²¹ CIRUZZI D., *Il condizionamento dei media nel processo penale*, in *Questione giustizia*, 1994, cit. p. 219

¹²² BIANCHI G., op. ult. cit. p. 305

¹²³ L’art. 27 secondo comma Cost. sancisce che “l’imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva”

con la conseguente individuazione del medesimo con il colpevole, oltre al pericolo che, per il ruolo che l'imputato riveste nel processo, possa essere considerato colpevole dalla coscienza collettiva ancora prima di essere giudicato¹²⁴. Tali ripercussioni negative, tuttavia, non possono essere evitate imponendo all'emittente radiotelevisiva che ha mandato in onda il primo grado del processo di trasmettere anche i gradi successivi, sia perché ciò avverrebbe a distanza di anni dalla prima trasmissione, sia perché questo espediente non garantirebbe comunque la visione da parte del pubblico, e quindi non offrirebbe garanzie in ordine alla verità e soprattutto alla completezza dell'informazione.

Dal comma 3° dell'art. 27 Cost., si desume, inoltre, che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Ma nella ripresa e trasmissione televisiva dei dibattimenti può essere in realtà ravvisata una "pena aggiuntiva", contraria al senso di umanità e soprattutto tale da rendere più difficile la rieducazione e il reinserimento del condannato nella società. Infatti le vicende processuali di cui l'imputato è protagonista sono diffuse attraverso il mezzo televisivo anche nell'ambiente sociale e di lavoro nel quale questo vive e opera¹²⁵.

La trasmissione televisiva dei processi, soprattutto quando "importanti", celebrati cioè contro politici, personaggi noti, o soggetti che occupano a vario titolo posti di un certo rilievo nella società, è capace di suscitare presso il pubblico un interesse tale da indurre ad una presa di posizione a favore o contro un determinato imputato. Tanto che si potrebbe parlare in proposito di un vero "processo supplementare" celebrato dall'opinione pubblica oltre a quello che si svolge nelle aule di udienza¹²⁶. In questo modo, pertanto, l'informazione sullo svolgimento dei processi si trasforma in una sorta di sanzione, mentre nel nostro attuale

¹²⁴ FRAGOLA A., *Le emissioni radiotelevisive nella giurisprudenza*, cit., p. 110, il quale ritiene necessario, sulla base dell'art. 27 Cost., che la vicenda giudiziaria dell'imputato sia "completa" e presentata in tutte le fasi con uguale rilievo.

¹²⁵ FRAGOLA A., op. ult. cit. e ZENO ZENCOVICH V., *Ripresa televisiva dell'udienza penale e tutela della personalità* in *Dir. Inf.* 1985. Quest'ultimo osserva che se nel nostro ordinamento sono vietate le pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità nei confronti del condannato, a maggior ragione (considerato il principio di non colpevolezza) lo saranno quelle che si applicano nei confronti del semplice imputato. Nel contempo, il giudizio di disvalore che viene dato dell'imputato o del condannato può costituire pena addirittura più grave di quelle editali. Inoltre mette in evidenza il rischio che, sotto questo aspetto, la televisione possa trasformarsi, ai danni dell'imputato ripreso dalle telecamere, in una sorta di "gogna elettronica".

¹²⁶ in proposito BOCCA G., *Puniti con la vergogna*, in *Repubblica*, 28 gennaio 1994 il quale a proposito del processo Cusani affermava: "la condanna e la pena non saranno con ogni probabilità anni di galera", ma sono "la vergogna che la pubblicità processuale gli ha stampato addosso." V. anche BORRELLI L., in *Repubblica* 17 novembre 1993 il quale accostava al processo celebrato nelle aule di udienza, un'altro celebrato dal pubblico, grazie anche alla pubblicità data dai mass.media ai processi penali.

ordinamento le sanzioni sono solo quelle tassativamente previste dalla legge. Anche sotto questo profilo, quindi, occorre che l'informazione sia data senza spettacolarizzare o enfatizzare gratuitamente o generare pregiudizi.

Un altro aspetto sul quale incide la diffusione del processo tramite i mezzi audiovisivi è rappresentato dall'amplificazione degli effetti della pubblicazione della sentenza, la quale avviene mediante lettura del dispositivo in udienza. Quando, pertanto, viene letta in dibattimento una sentenza di condanna, tale fenomeno produce gli stessi effetti della pena accessoria prevista dall'art. 36 c.p. Questa norma, che disciplina le modalità di pubblicazione della sentenza penale di condanna, trova applicazione, nei casi stabiliti dalla legge, in seguito a condanne per delitti e contravvenzioni¹²⁷. Con la differenza, però, che la pena accessoria della pubblicazione può essere eseguita solo quando la sentenza è divenuta definitiva, mentre la sentenza di cui è stata data lettura di fronte alle telecamere viene resa pubblica prima che la stessa sia divenuta definitiva¹²⁸.

Un'altro aspetto della pubblicità del dibattimento, relativo al conflitto fra l'utilizzazione dei mezzi audiovisivi e i diritti della personalità, riguarda specificatamente i componenti del pubblico presente in aula. È possibile infatti che a lamentare la lesione della propria immagine e della riservatezza siano anche altri soggetti, diversi dall'imputato, e presenti all'udienza quali spettatori della vicenda penale ripresa. In proposito è stato evidenziato, dalla giurisprudenza, come non sia configurabile la sussistenza di un danno all'immagine e alla riservatezza in capo al soggetto, anche qualora questo fosse stato ripreso nonostante il suo espresso dissenso. L'iter logico seguito dal giudice in simili casi è quello della comparazione degli interessi in conflitto, l'interesse alla riservatezza da un lato e quello alla manifestazione del pensiero, all'informazione, alla conoscenza pubblica dei fatti, dall'altro; bilanciamento che porta a ritenere comunque prevalente quest'ultimo sul primo, sull'interesse cioè del soggetto, alla protezione della sua sfera privata¹²⁹.

¹²⁷ ZENO ZENCOVICH. V., *Ripresa televisiva dell'udienza penale e tutela della personalità*, in *Dir. Inf.*, 1985, p. 173, secondo il quale la ripresa e la diffusione audiovisiva della lettura del dispositivo in dibattimento possono costituire una forma di "pubblicazione irrituale" della sentenza di condanna.

¹²⁸ RIDOLFI C., *Persona e mass-media*, Cedam, 1995, p. 39

¹²⁹ RICCIUTO.V., *Giustizia penale e spettacoli televisivi: la pubblicità del dibattimento prevale sulla reputazione (e sulla riservatezza) dei soggetti coinvolti nelle vicende giudiziarie*, in *Dir. Inf.*, 1993, p. 268

In una recente pronuncia¹³⁰, infatti, il giudice rigetta le richieste risarcitorie della parte attrice, presente ad un dibattimento tra il pubblico, escludendo la lesione di un suo diritto all'immagine, in quanto le riprese erano avvenute in pubblico. Inoltre i giudici sottolineano la particolare rilevanza che assume, l'interesse pubblico alla conoscenza del processo penale e, con esso al controllo dell'operato degli organi giurisdizionali, tutelato come interesse primario dalla nuova disciplina legislativa delle riprese audiovisive. Pertanto nel momento in cui vengono autorizzate le riprese nell'aula di udienza, ai sensi dell'art. 147 disp. att. c.p.p., chi partecipa assistendo direttamente in aula, soggetto non tutelato dall'art. 147, soggiace ai rischi connessi al principio della riproducibilità dell'immagine collegata a fatti svoltisi in pubblico, e non potrà perciò opporsi efficacemente alla divulgazione della stessa¹³¹. Mentre infatti la disciplina contenuta nel c.p.p. tutela i soggetti "che devono essere presenti" nel processo, tutti gli altri sottostanno alla generale disciplina dell'immagine dettata dalla legge sul diritto d'autore.

Riguardo all'uso di immagini di persone nelle riprese televisive in generale, al di fuori di un processo, si deve considerare che, mentre il nuovo codice di procedura penale ha tenuto conto dell'evoluzione tecnologica (disponendo la necessità del consenso alle riprese e comunque salvaguardando l'immagine delle persone coinvolte), la legge sul diritto d'autore è stata elaborata in tempi in cui non era prevedibile che ci potesse essere una diffusione degli avvenimenti (in diretta e anche in differita) nelle dimensioni che il fenomeno ha assunto oggi, attraverso l'uso dei "nuovi" mezzi di comunicazione di massa.

Cronaca giudiziaria e criteri di liceità nella giurisprudenza – Nella attuale società, le innovazioni tecnologiche hanno prodotto una accelerazione dei meccanismi di trasmissione delle notizie tale per cui queste raggiungono l'utente in tempi ridottissimi; non solo, ma la notizia dell'apertura di un procedimento penale, per esempio, è caratterizzata da una implicita e inconsapevole presunzione: la elevata probabilità della colpevolezza dell'indagato. Ciò soprattutto perché l'interesse che sta alla base dell'azione di un giudice è un interesse

¹³⁰ Trattasi della pronuncia del Trib. Roma 19 febbraio 1993. in *Dir. Inf.* 1993

¹³¹ RIDOLFI C., op. ult. cit. p. 121 s.

pubblico, e comunque un interesse superindividuale, sicché gli atti relativi vengono percepiti come caratterizzati dall'imparzialità. La notizia dell'apertura di un procedimento penale, se questo concerne una persona per qualsiasi ragione nota, o riguardi reati che per loro natura interessano alla collettività, viene, pertanto, immediatamente diffusa e pubblicata con grande evidenza. I processi, cui quelle notizie si riferiscono, naturalmente si celebrano, e potranno anche concludersi con una assoluzione, ma essi hanno una durata spesso di anni, e quando la sentenza sarà resa, anche di assoluzione, la notizia originaria dell'apertura del processo sarà ormai del tutto dimenticata dalla pubblica opinione, seguita da una quantità impressionante di ulteriori nuove notizie, tutte più attuali. Salvo casi eccezionali, la notizia dell'assoluzione di un imputato, che di per sé è una non-notizia, tende ad essere ignorata.

L'Italia degli ultimi vent'anni ha conosciuto, accanto alle grandi inchieste sulla corruzione politica e sugli intrecci di affari fra imprenditori e uomini politici, inchieste penali sulla corruzione anche all'interno dei palazzi di giustizia, ed in genere sui "favori" elargiti dietro compenso da persone a vario titolo detentrici di un qualche potere nei confronti di altri. La cronaca giudiziaria degli ultimi anni è stata perciò densa di vicende caratterizzate da uno schema più o meno sempre uguale: se la persona indagata è nota, o se il reato di cui la si accusa rientra nell'ambito della corruzione o della elargizione illecita di "favori", la notizia dell'indagine penale è diffusa con grande rapidità da tutti i mezzi di informazione, e con ogni possibile evidenza, spesso prima ancora che lo stesso indagato sia raggiunto dalla comunicazione ufficiale dell'informazione di garanzia. Nei giorni seguenti, i giornali diffondono ulteriori e dettagliate informazioni sull'indagine, si pubblicano intercettazioni telefoniche operate nel corso della stessa, verbali di interrogatori di "pentiti" o di testimoni, oppure il contenuto di tali atti istruttori. L'indagato non ha altra via di difesa che quella di replicare alle accuse che gli vengono mosse, con dichiarazioni rese alla stessa stampa. Naturalmente, l'attenzione che la stampa dedica a tali repliche è direttamente proporzionale all'importanza e notorietà della persona indagata: quanto più questa è importante o nota, tanto più facile sarà ottenere l'attenzione della stampa, e tanto maggiore sarà il rilievo che quest'ultima darà alla sua versione dei fatti. In questo modo, i processi finiscono per essere celebrati, piuttosto che nelle aule di giustizia, sulle pagine dei giornali, che ogni giorno

pubblicano notizie paragonabili a sentenze definitive di condanna, spesso basate su conoscenze superficiali, marginali e assolutamente incomplete.

Questa situazione evidenzia un conflitto di fondo tra valori, tutti primari e fondamentali: la libertà di informazione e il diritto di cronaca da una parte, il principio della presunzione di innocenza, e in generale, la tutela dei diritti di personalità, dall'altra. L'informazione della pubblica opinione sull'esistenza, il decorso e l'esito dei processi penali è certamente un bene da tutelare, tanto più quando l'indagato o l'imputato sia una persona nota, o che abbia rivestito o rivesta funzioni pubbliche, ma proprio riguardo alla cronaca giudiziaria, è dovuta da parte del giornalista "una particolare cautela, prudenza ed equilibrio", in quanto la pendenza di un processo penale è "spesso di per sé lesiva della reputazione dei soggetti interessati"¹³².

Nonostante il principio della presunzione di innocenza sia solennemente sancito dall'art. 27 Cost., e espressamente riconosciuto ed affermato da una serie di norme internazionali, tutte efficaci anche in Italia in virtù di espressi riconoscimenti¹³³, l'interesse pubblico alla conoscenza immediata dei fatti di rilievo sociale è preminente rispetto al primo.

Ma se il diritto di critica e di cronaca incontrano, sul piano generale della libertà di stampa, gli invalicabili limiti rappresentati dai tre elementi canonici della rilevanza sociale della notizia, della forma civile della esposizione dei fatti e della verità dei fatti narrati, l'attività del giornalista concernente l'esposizione dei fatti relativi a vicende giudiziarie, proprio in forza del principio della presunzione di innocenza, incontra un maggior rigore nella valutazione delle notizie offerte ai lettori, soprattutto in ordine al requisito della verità della notizia diffusa¹³⁴. Diffondere o pubblicare notizie relative ad un procedimento o ad una istruttoria penale è dunque legittimo soltanto ove le notizie diffuse siano oggettivamente vere, o siano anche soltanto soggettivamente tali, ma verosimili per la fonte da cui provengono e per la

¹³² DE MARTINI C., *Cronaca giudiziaria e presunzione di innocenza*. in *Dir. Inf.*, 1997, p. 56

¹³³ Art. 1 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite; art. 14.2 Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 6 Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

¹³⁴ RICCIUTO V., *Sui limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Dir. Inf.*, 1992, cit. pp. 466-468.

serietà delle verifiche effettuate¹³⁵. L'attività di verifica delle fonti di informazione deve essere svolta in modo diligente ed approfondito, "in modo da vincere ogni dubbio od incertezza".

È pertanto in linea di principio escluso, e considerato illegittimo (anche se la cronaca giudiziaria italiana degli ultimi anni è di segno opposto) pubblicare una notizia quando questa sia basata su "voci ed illazioni raccolte negli ambienti giudiziari anticipando in parte il contenuto dei provvedimenti giudiziari non ancora emessi" o non ancora noti neppure all'indagato, come assai spesso accade. Ora, non v'è dubbio che nell'attività giornalistica relativa a procedimenti penali in corso, le difficoltà dei controlli sulle fonti d'informazione risultano certamente accresciute, in quanto il segreto investigativo copre lo svolgimento di parte dell'attività processuale penale¹³⁶. Tuttavia una tale difficoltà non può costituire un motivo di esclusione, per il cronista, del dovere di accertare, con la maggiore diligenza possibile, la fonte delle notizie e di usare la maggiore prudenza nell'accoglierle, senza poter omettere nulla, al fine di verificare se i fatti riferiti da terzi, abbiano corrispondenza nella realtà.

La diligenza e la correttezza del giornalista nella attività di verifica delle fonti notiziali implicano, da un lato, una scrupolosa attività di ricerca dei riscontri, che non può essere pretermessa neppure per l'esigenza di speditezza del servizio di informazione, dall'altro la necessità di completezza della notizia diffusa, tanto che gli obblighi del giornalista non sono rispettati "quando pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano dolosamente o anche soltanto colposamente taciuti altri fatti, tanto strettamente collegabili ai primi da mutarne completamente il significato". "La verità dei fatti descritti, poi, non deve subire manipolazioni per effetto di aggiunte o tagli finalizzati ad influenzare la pubblica opinione con le valutazioni che sui fatti medesimi il giornalista possa aver formulato".

¹³⁵ Tribunale di Roma 5 febbraio 1991, in *Dir. Inf.* 1992, che ha confermato la illiceità del comportamento del giornalista che divulghi notizie attinenti alla commissione di reati ed alla attribuzione di essi ad una persona, raccogliendo le voci negli ambienti giudiziari, senza un più approfondito controllo delle fonti di informazione, senza attendere l'effettivo e reale svolgimento dell'iter processuale, e riferendo per di più dei fatti specifici che non hanno trovato alcuna rispondenza neppure in sede istruttoria, con la conseguenza che il diritto di cronaca non appare rettammente esercitato neppure sotto il profilo della "putatività".

¹³⁶ Sull'argomento vd. specificatamente il paragrafo successivo.

Inoltre proprio il rispetto della presunzione di innocenza dovrebbe indurre il giornalista, nel riferire notizie relative a procedimenti penali in corso, a presentare i fatti in modo problematico, o quantomeno in modo tale da avvertire il lettore che i fatti sono ancora in corso di accertamento e la colpevolezza dell'imputato non è ancora acquisita.

Segretezza ed informazione nel nuovo processo penale – Un esame della giurisprudenza degli ultimi anni dimostra una tutela sufficientemente duttile e adeguata¹³⁷ dei diritti della personalità dell'indagato e dell'imputato. Purtroppo i tempi del processo penale e quelli della stampa di informazione non coincidono, sicché mentre la notizia dell'apertura di un procedimento penale viene subito diffusa da tutti i mezzi di informazione, al contrario la sentenza di condanna o di assoluzione non interverrà che dopo molti anni. Ma nel frattempo il soggetto coinvolto nel procedimento penale avrà già subito una definitiva condanna sulle pagine dei giornali, e nessun risarcimento del danno potrà restituirgli l'integrità personale ormai perduta. A prima vista una forma, indiretta di tutela per la personalità dell'indagato e dell'imputato sembra potersi rinvenire nelle norme sul segreto investigativo contenute nel nuovo Codice di Procedura Penale, promulgato nel 1988.

La soluzione legislativa predisposta dal codice abrogato era caratterizzata dalla ipertutela della segretezza degli atti processuali. A fronte di tale soluzione legislativa si era di conseguenza affermata una prassi che sulla spinta dell'esigenza di informare l'opinione pubblica su ciò che avveniva nei processi più importanti, aveva di fatto ribaltato l'impostazione originaria attraverso una sistematica violazione del segreto istruttorio. Soprattutto negli ultimi anni di vigenza del codice, la violazione del segreto istruttorio, con conseguenti danni cagionati ad imputati rivelatisi successivamente innocenti, era stata frequentissima. Molte volte erano gli stessi magistrati che, preoccupati dal rischio della diffusione di notizie frammentarie o inesatte, messe insieme dai giornalisti, fornivano informazioni ufficiali sull'andamento delle inchieste, nel corso di vere e proprie conferenze stampa.

¹³⁷ Vd. anche il paragrafo precedente.

Il nuovo codice di procedura penale ha modificato la disciplina precedente, cercando di trovare un equilibrio fra gli interessi contrapposti di segretezza e di informazione sulle vicende processuali penali, nella prospettiva di un maggiore rispetto dei valori, entrambi di rilevanza costituzionale, della corretta informazione della opinione pubblica¹³⁸, anche al fine di consentire un controllo sull'operato della magistratura, e della corretta amministrazione della giustizia.

Come visto nel precedente capitolo, gli artt. 114 comma 1° e 329 comma 1°¹³⁹ c.p.p. prescrivono che gli atti di indagine compiuti dal Pubblico Ministero e dalla Polizia Giudiziaria sono coperti dal segreto e non sono pubblicabili, sino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza legale. L'obbligo del segreto e il divieto di pubblicazione sono entrambi assoluti, e cioè vincolano tutti i soggetti del processo, nonché tutti i soggetti a questi estranei, ivi compresi, naturalmente, i giornalisti. Tuttavia l'oggetto del segreto e la durata del divieto di pubblicazione evidenziano lo scopo e l'interesse al quale le norme sono preordinate: la tutela dell'attività investigativa e delle esigenze di indagine. Questa circostanza chiarisce di per sé che le norme sul segreto investigativo non sono e non possono essere volte a tutelare i diritti di personalità delle persone coinvolte in un processo penale. Ma non basta, il segreto identificato in queste norme (c.d. segreto interno) concerne esclusivamente gli atti di indagine del Pubblico Ministero e della Polizia Giudiziaria, con la conseguenza che non rientrano fra gli atti coperti da tale segreto tutti gli atti del Giudice delle Indagini Preliminari: ad esempio non sono segrete le notizie concernenti un provvedimento del G.I.P. che dispone la custodia cautelare, la notizia dell'interrogatorio dell'indagato, la notizia dell'autorizzazione all'accompagnamento coattivo. Non sono neppure segreti gli atti del Pubblico Ministero che non possano essere identificati come veri e propri atti di indagine: ad esempio la richiesta di un sequestro cautelare non accolta dal G.I.P., la richiesta di autorizzazione a disporre

¹³⁸ GROSSO C.F., *Segretezza e informazione nel nuovo processo penale*, in *Politica del diritto* 1990.

¹³⁹ Dall'art. 329 c.p.p. si desume che "gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari", mentre l'ambito oggettivo del segreto si desume dalla lettura congiunta dell'art. 114 primo comma c.p.p.: degli atti coperti dal segreto, infatti, "è vietata la pubblicazione anche parziale o per riassunto", "o anche solo del loro contenuto", "con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione".

l'accompagnamento coattivo, l'iscrizione di una persona nel registro degli indagati, l'invio dell'informazione di garanzia.

Ora, ciascuno di questi atti non coperti da segreto istruttorio è da solo sufficiente, se il loro contenuto è appreso da un giornalista, e subito divulgato sulla stampa in modo non corretto, a ledere i diritti di personalità dell'indagato.

Un diverso tipo di segreto è previsto dall'art. 329 comma 2° e 3° c.p.p.140 In virtù di tale norma il Pubblico Ministero ha il potere, che può esercitare con assoluta discrezionalità e totale insindacabilità, di vietare la pubblicazione di atti che non sono più coperti dal segreto interno, ovvero di consentire la pubblicazione di atti ancora coperti da tale segreto. A parte ogni considerazione circa l'ampiezza dei poteri e della discrezionalità che spettano al Pubblico Ministero, e che consentono a quella che è una parte del processo di "far filtrare" notizie e informazioni in ordine alle indagini in corso, in tal modo condizionando più o meno direttamente l'opinione pubblica, è da rilevare che anche questo potere di "segretazione" o di "desegretazione" ha un'unica e precisa finalità individuata dalla legge: la tutela delle indagini in corso.

Un ulteriore tipo di segreto (c.d. segreto esterno) è poi istituito dall'art. 114 comma 2° e 3° c.p.p.141 In virtù di tali norme è vietata la pubblicazione di tutti gli atti non più coperti dal segreto (interno) fino a che non siano concluse le indagini preliminari, e degli atti contenuti nel fascicolo del Pubblico Ministero se non dopo la pronuncia della sentenza in grado d'appello. Nella relazione preliminare al codice si legge che, poiché secondo il sistema processuale "gli atti delle indagini preliminari che sono inseriti nel fascicolo del P.M. devono essere conosciuti dal giudice del dibattimento solo attraverso le contestazioni dibattimentali",

¹⁴⁰ L'art. 329 comma 2° e 3° prevede che "quando è necessario per la prosecuzione delle indagini, il pubblico ministero può, in deroga a quanto previsto dall'art. 114, consentire, con decreto motivato, la pubblicazione di singoli atti o di parti di essi".

"Anche quando gli atti non sono più coperti dal segreto a norma del comma 1, il pubblico ministero, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, può disporre con decreto motivato:

a) l'obbligo del segreto per singoli atti, quando l'imputato lo consente o quando la conoscenza dell'atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone;

b) il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o notizie specifiche relative a determinate operazioni.

¹⁴¹ A norma dell'art. 114 comma 2° e 3° "è vietata la pubblicazione, anche parziale, dagli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare.

"Se si procede al dibattimento, non è consentita la pubblicazione, anche parziale, degli atti del fascicolo del pubblico ministero, se non dopo la pronuncia della sentenza in grado d'appello. E' sempre consentita la pubblicazione degli atti utilizzati per le contestazioni".

ove “se ne consentisse la pubblicazione prima di questo momento, si determinerebbe una distorsione della regola processuale ed una anticipata e non corretta formazione del convincimento del giudice”. La norma distingue, infatti, tra pubblicazione del contenuto di un atto e pubblicazione integrale dell’atto stesso: tale distinzione è stata voluta dai redattori del nuovo codice “non per proteggere il segreto investigativo, ma per evitare che il giudice del dibattimento possa essere condizionato”, giacché il contenuto degli atti genericamente riportato dalla stampa ha meno incisivi effetti di influenza sul “giudice terzo” rispetto alla propalazione integrale dell’atto ufficiale, pertanto vietata. È dunque da escludere che anche questo ulteriore tipo di “segreto” appresti utili strumenti di tutela dei diritti di personalità dell’individuo coinvolto in un procedimento penale¹⁴².

La stessa Corte Costituzionale ha rilevato che il segreto investigativo (il cosiddetto segreto istruttorio del c.p.p. del 1930) non si giustifica con ragioni di tutela della riservatezza, dato che l’intero processo penale, in quanto basato sul principio di pubblicità, disattende tali ragioni, ma trova la sua giustificazione in quanto strumento utile all’efficiente svolgimento delle indagini.

Il segreto investigativo, nonostante funga da limite al diritto di cronaca, è legittimo in quanto finalizzato alla tutela di un interesse, anch’esso come il diritto di cronaca, costituzionalmente protetto: quello al “buon andamento della giustizia”.

In definitiva ed in perfetta sintonia con le finalità delle norme indicate dal legislatore, neppure il cosiddetto “segreto” investigativo protegge effettivamente la persona “oggetto” di una notizia concernente l’esistenza ed il contenuto di un processo penale¹⁴³. In realtà, anzi, l’apposizione di un “apparente” segreto finisce per ritorcersi in danno di colui che sia fatto oggetto, anche se innocente, di una indagine penale: le notizie in ordine ad un procedimento penale, riportate dagli organi di informazione, violando il segreto investigativo, risultano ancora più credibili e attendibili di una notizia “ufficiale”, con la conseguenza che l’opinione pubblica è indotta a ritenere l’indagato “certamente” colpevole.

¹⁴² Trib. Milano 8 aprile 1991 in *Dir. Inf.*, 1992, p. 194, secondo cui “la oggettività giuridica del reato di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale risiede unicamente nell’interesse dello stato al normale funzionamento dell’attività giudiziaria, al fine proprio di impedire l’inquinamento della prova e o la fuga dei compartecipi e non involge affatto anche la tutela del diritto dell’imputato alla presunzione di innocenza”.

¹⁴³ DE MARTINI C., *Cronaca giudiziaria e presunzione di innocenza*, in *Dir. Inf.*, 1997, p. 206

A tutto ciò si deve aggiungere che i mezzi di informazione di massa anche qualora operino nel rispetto delle summenzionate norme, tendono, soprattutto nell'ambito della cronaca giudiziaria, a produrre una informazione superficiale, riduttiva e soprattutto non obbiettiva, non tanto perché oggetto di manipolazioni specifiche, ma perché la frammentazione di essa non fa comprendere all'utente gli eventi nella loro interezza; gli avvenimenti non vengono più inquadrati in visioni generali complessive. Una informazione di tal specie è in grado di interferire non solo sul processo penale in corso, ma a maggior ragione di incidere sulla riservatezza, sull'onore, sulla reputazione dei soggetti direttamente od indirettamente coinvolti nelle inchieste penali. Si pensi soltanto al complesso meccanismo di interazione tra la notizia criminis e l'attuale sistema di distribuzione dell'informazione: l'uso anticipato dell'informazione di garanzia, amplificato dalla ampia diffusione della relativa notizia ad opera dei media, è in grado di provocare immediato scalpore presso l'opinione pubblica.

Inoltre il risalto dato ai racconti dei pentiti di mafia e di tangenti produce come effetto la configurazione nella coscienza collettiva di tali dichiarazioni alla stregua di verità, pur senza riscontri. È comprensibile che l'opinione pubblica acquisisca come verità le dichiarazioni del pentito, giacché quelle stesse rivelazioni determinano l'emissione di ordinanze di custodia cautelare carceraria, così da produrre ancora ulteriori effetti confermativi della veridicità delle notizie accusatorie già propalate ed amplificate dai mass-media.

L'ulteriore risultato giudiziario cui si perviene con la sentenza definitiva, a distanza di anni, può anche risultare di segno opposto rispetto a quello iniziale, ma, intanto, le ripercussioni di quest'ultima decisione sulla opinione pubblica saranno minime¹⁴⁴.

Il diritto all'oblio – La riproposizione all'attenzione del pubblico di vicende avvenute molti anni prima solleva la problematica della tutela della riservatezza di quei soggetti che siano rientrati nell'anonimato perché le loro vicende sono state “dimenticate” dall'opinione pubblica.

Una prima riflessione concerne la distinzione fra il fatto di cronaca, che richiede l'attuale rilevanza sociale della vicenda narrata, e l'opera storica, che consente la riproposizione di fatti

¹⁴⁴ CIRUZZI D., *Il condizionamento dei “media” nel processo penale*, in *Questione giustizia* 1994, p. 118

appartenenti al passato rilevanti dal punto di vista storico. Mentre gli avvenimenti storici rivestono interesse generale per definizione, in considerazione della loro importanza per la collettività, rispetto ai fatti di cronaca occorre accertare nei singoli casi se al concreto accadimento corrisponda un pubblico interesse alla conoscenza. Il trascorrere del tempo in relazione agli avvenimenti che non possiedono rilevanza storica, fa infatti venire meno il diritto di cronaca e fa riespandere il diritto alla riservatezza del soggetto che ne fu protagonista¹⁴⁵.

La situazione giuridica soggettiva lesa dalla ripubblicazione di una notizia vera può definirsi allora, più appropriatamente “diritto all’oblio”, inteso come diritto ad essere dimenticato in relazione a fatti un tempo pubblici¹⁴⁶. Si fa richiamo, in dottrina, alla ratio dell’art. 2934 c.c., all’estinzione del diritto, cioè, per prolungato mancato esercizio; all’esigenza di riscatto morale dell’uomo che caratterizza gli istituti penalistici fondati sul ravvedimento, come la liberazione condizionale, la liberazione anticipata e la riabilitazione; alla ratio dell’art. 97 l. aut. riguardo ai concetti di notorietà e interesse pubblico del fatto, destinati ad attenuarsi e a scomparire col passare degli anni.

Accanto al diritto all’oblio, è stato prospettato, in dottrina, il cd. “diritto al segreto del disonore”, in nome del quale la persona “disonorata” o i suoi familiari potrebbero opporsi alla nuova pubblicizzazione del fatto risalente al passato che è stato causa del disonore, ad esempio il compimento di un reato. L’esigenza di riscatto morale dell’uomo, che si contrappone alla nuova diffusione di fatti dolorosi, per le implicazioni che quest’ultima comporta a danno delle persone coinvolte, costituirebbe la ratio della summenzionata situazione soggettiva, spettante anche ai parenti più prossimi dell’interessato, nel caso in cui i fatti portati alla pubblica conoscenza attengano anche alla sfera di intimità privata di questi ultimi¹⁴⁷.

¹⁴⁵ RIDOLFI C., *Persona e mass-media*, CEDAM, 1995, p. 120

¹⁴⁶ NAPOLITANO G., *Il diritto all’oblio esiste*. in *Dir. Inf.*, 1996, p. 136

¹⁴⁷ FRAGOLA A., in *Rass. dir. cinem.* 1970. Ma vd. in senso contrario Pret. Roma 13 agosto 1970, in *Dir. aut.*, 1971, p. 98, a proposito della “riesumazione” di una vicenda giudiziaria avvenuta molti anni prima, in una trasmissione televisiva. Il pretore rigettava la domanda presentata dai familiari del protagonista della vicenda narrata assumendo che il programma non riguardava i ricorrenti ma il loro padre, quindi non poteva ledere il loro personale diritto alla riservatezza.

Per verificare se l'esigenza di "riscatto morale" sia tutelata giuridicamente è necessario soffermarsi in modo più approfondito sui pretesi diritti all'oblio e al segreto del disonore. Va subito chiarito che gli interessi all'oblio e al segreto del disonore non sono tutelati come situazioni giuridiche autonome, ma rappresentano specificazioni del diritto alla riservatezza. La loro specificità consiste nel riferirsi alla "nuova pubblicizzazione di notizie già pubblicizzate in passato e che, proprio per questo, sembrano essere sfuggite all'area della riservatezza e dunque alla sfera di appartenenza esclusiva del loro titolare". Ci si è chiesti a questo proposito se un fatto che nel passato è stato di dominio pubblico sia uscito definitivamente dalla sfera della riservatezza e risulti perciò del tutto privo di tutela, oppure se la nuova divulgazione di esso risulti sottoposta agli stessi limiti operanti a tutela della riservatezza. Se si considera che il sacrificio della sfera privata può avvenire solo in presenza di un attuale interesse sociale alla diffusione delle notizie, si può affermare che la notizia personale che abbia avuto una pregressa notorietà e pubblicizzazione è sottoposta alla stessa disciplina vigente per la notizia mai pubblicizzata.

In definitiva, gli interessi all'oblio e al segreto del disonore ricevono tutela, nell'ambito del diritto alla riservatezza, solo quando non sussista un attuale interesse sociale alla diffusione dei fatti cui si riferiscono; se invece la conoscenza di quei fatti ha rilevanza pubblica, l'interesse individuale al riscatto morale, o comunque "ad essere dimenticati", viene sacrificato di fronte all'interesse pubblico. Il diritto preserva dunque l'interesse "a rifarsi una vita" solo entro i limiti introdotti dai concetti di "interesse sociale attuale" e "rilevanza pubblica" del fatto¹⁴⁸. La riproposizione all'attenzione del pubblico di notizie del passato, anche se particolarmente gravi per le persone che ne furono protagoniste, appare legittima, dunque, se strumentale all'esercizio del diritto di cronaca o di critica di un fatto presente, fungendo ad esempio da termine di comparazione, oppure allo svolgimento di una ricerca storica o all'espressione artistica¹⁴⁹. In questi casi il punto di equilibrio tra la tutela di un tale diritto e l'affermazione della libertà di manifestazione del pensiero può essere raggiunto

¹⁴⁸ RIDOLFI C., op. ult. cit.

¹⁴⁹ NAPOLITANO G., *Il diritto all'oblio, richiami di dottrina e giurisprudenza*. in *Dir. Inf.*, 1997

attraverso l'eliminazione di ogni riferimento all'identità delle persone che, pur coinvolte nella vicenda, non hanno nessuna rilevanza nel caso sottoposto all'attenzione del pubblico.

In definitiva un fatto rimane nella sfera privata di una persona, non soltanto quando la notizia, il documento, l'immagine che la riguardano circolano da privato a privato, ma anche quando la notizia abbia avuto una certa diffusione. In questa prospettiva, l'esigenza non è tanto quella di contrapporre un'idea di privato ad un'idea di pubblico; l'esigenza è, semmai, quella, diversa, di distinguere l'idea di privato da quella di rilevanza pubblica. In tale prospettiva non c'è diversità di tutela tra notizia mai pubblicizzata e quella che abbia avuto una passata e, comunque, legittima notorietà e pubblicizzazione. Perciò, quando tra la vecchia pubblicizzazione e la nuova è intercorso un intervallo di tempo tale da rendere la vicenda che ne costituisce oggetto priva di un interesse pubblico attuale alla notorietà, il protagonista della vicenda che si vuole rievocare può sempre impedirla quale che sia il tempo trascorso ed inoltre, può sempre revocare il consenso eventualmente prestato. Ciò anche quando, tra il momento in cui si svolsero i fatti, ai quali si vuole dare nuova pubblicizzazione, e quello di quest'ultima, sia trascorso un periodo di tempo tale, da far pensare ad una sorta di caduta di interesse, ad una oggettiva perdita di rilevanza della notizia per il protagonista. Per altro, quando i protagonisti della vicenda che si vuole rievocare fossero più di uno, evidentemente è necessario che il consenso sia prestato da ognuno di essi; ciò nel senso che basta l'opposizione di uno dei protagonisti delle antiche vicende ad impedire la nuova pubblicizzazione.

Più delicata è la questione quando a far valere il diritto all'oblio, siano i familiari dell'interessato, in assenza o in mancanza di quest'ultimo. In tale ipotesi, il problema è quello di vedere se e quali familiari siano legittimati a far valere il diritto all'oblio; e cioè in capo a quali di essi e fino a quale grado o ambito familiare continui eventualmente a persistere tale interesse. In questo e in analoghi casi, non sembra potersi ravvisare un fenomeno di successione, quanto piuttosto un mero fenomeno di legittimazione, che, autonomamente da ogni evento successorio, coinvolge i familiari e riguarda direttamente la tutela della personalità di questi. Così, ad esempio, è evidente che sono i sentimenti del figlio ad essere feriti dalle offese arrecate al genitore defunto.

Ora se si può fondatamente ritenere che l'interesse all'oblio permanga nei figli, nei nipoti, nel coniuge o negli ascendenti di colui che fu protagonista di antiche vicende, soprattutto se disonorevoli, qualche dubbio può sorgere sia con riguardo alla possibilità che altri appartenenti alla famiglia possano far valere il diritto all'oblio, sia con riguardo al limite di tempo in cui tale possibilità permanga. Infatti il trascorrere del tempo, ma anche il continuo e rapido mutare delle idee, della sensibilità, del costume, delle abitudini e dei modi di vita, certamente potrebbero incidere sul permanere di un interesse all'oblio, nel senso di rendere quelle vicende, anche disonorevoli, quasi estranee alla cultura e agli affetti degli stessi familiari, soprattutto se meno prossimi.

Si è detto che quando è in vita il protagonista delle vicende cui si vuol dare nuova notorietà, spetterà a lui far eventualmente valere il suo diritto all'oblio. Potrebbe darsi il caso in cui il protagonista delle antiche vicende abbia dato il consenso alla nuova pubblicizzazione e che tuttavia queste, rievocando fatti disonorevoli, siano idonee non soltanto a coinvolgere chi ne fu protagonista, ma anche più o meno direttamente i suoi familiari, ad esempio figli o coniuge, i quali rischiano di vedersi improvvisamente riproposti ad una notorietà spesso anche negativa, per fatti, per altro, di cui furono vittime incolpevoli e in un momento in cui il ricordo di essi veniva meno o era del tutto cessato. Non è da escludere che, in alcune di tali ipotesi, il giudice possa anche tener conto dell'esigenza dei familiari all'oblio della vicenda e prendere provvedimenti che, se non possono certo impedire al protagonista la riproposizione dei fatti disonorevoli, ne attenuino le conseguenze negative che si riflettano sui familiari. In proposito non possono indicarsi regole generali; spetterà, nel caso concreto, al giudice scegliere se eventualmente prendere qualche provvedimento, in tal senso, oppure no; e nel primo caso, sarà sempre il giudice a decidere i concreti provvedimenti. Potrebbe, ad esempio, imporre a colui che è stato autorizzato a far rivivere gli avvenimenti, di usare, nella riproduzione di questi, toni pacati nonché quegli accorgimenti tecnici, per cui la narrazione degli avvenimenti passati risulti il più possibile priva dei riferimenti idonei a coinvolgere i familiari.

La sentenza della Suprema Corte n. 5259 del 18 ottobre 1984 aveva indicato, quali condizioni che consentono la legittima intrusione nella vita privata altrui, senza il consenso dell'interessato, quella dell'utilità sociale alla diffusione della notizia, quella della verità dei

fatti narrati e quella della forma civile della loro esposizione; il congiunto operare di queste tre condizioni vale, dunque, con gli opportuni adattamenti anche per il diritto all'oblio¹⁵⁰.

Angelo Fanelli

¹⁵⁰ FERRI G. B., *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990.