

1^a SERIE SPECIALE

Spediz. abb. post. - art. 1, comma 1
Legge 27-02-2004, n. 46 - Filiale di Roma

Anno 160° - Numero 40

GAZZETTA  UFFICIALE
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

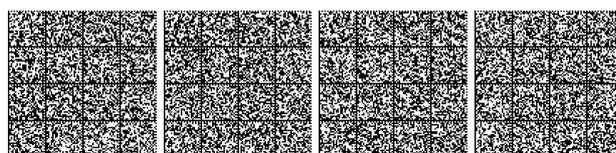
PARTE PRIMA

Roma - Mercoledì, 2 ottobre 2019

SI PUBBLICA IL MERCOLEDÌ

DIREZIONE E REDAZIONE PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - UFFICIO PUBBLICAZIONE LEGGI E DECRETI - VIA ARENULA, 70 - 00186 ROMA
AMMINISTRAZIONE PRESSO L'ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO - VIA SALARIA, 691 - 00138 ROMA - CENTRALINO 06-85081 - LIBRERIA DELLO STATO
PIAZZA G. VERDI, 1 - 00198 ROMA

CORTE COSTITUZIONALE





S O M M A R I O

SENTENZE ED ORDINANZE DELLA CORTE

N. 214. Sentenza 2 luglio - 25 settembre 2019

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Comuni, Province e Città metropolitane - Norme della Regione Marche - Distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e incorporazione nel Comune di Mondolfo - Referendum consultivo sulla proposta di modifica delle circoscrizioni comunali - Partecipazione consentita ai soli residenti nella frazione di Marotta e nelle zone immediatamente contigue - Denunciato contrasto con l'obbligo di consultazione delle "popolazioni interessate" e con il principio di ragionevolezza - Non fondatezza delle questioni.

– Legge della Regione Marche 23 giugno 2014, n. 15.

– Costituzione, artt. 3 e 133, secondo comma. Pag. 1

N. 215. Sentenza 15 luglio - 27 settembre 2019

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Caccia - Norme della Provincia autonoma di Trento - Derghe al divieto di abbattimento delle specie protette dell'orso e del lupo - Attribuzione al Presidente della Provincia autonoma del potere di autorizzarle - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nonché degli obblighi europei e internazionali, avocazione di funzioni amministrative al di fuori del procedimento statutariamente previsto - Non fondatezza della questione.

Caccia - Norme della Provincia autonoma di Bolzano - Derghe al divieto di abbattimento delle specie protette dell'orso e del lupo - Attribuzione del potere di autorizzarle al Presidente della Provincia autonoma - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nonché degli obblighi europei e internazionali, superamento dei limiti posti dallo statuto alle competenze legislative primarie provinciali, avocazione di funzioni amministrative in contrasto con i principi di sussidiarietà e adeguatezza e al di fuori del procedimento statutariamente previsto - Non fondatezza della questione.

– Legge della Provincia autonoma di Trento 11 luglio 2018, n. 9, art. 1; legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 luglio 2018, n. 11, art. 1.

– Costituzione, artt. 117, primo e secondo comma, lettera *s*), e 118, primo e secondo comma; statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670), artt. 4, 8 e 107. Pag. 14

N. 216. Sentenza 20 giugno - 27 settembre 2019

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Esecuzione penale - Sospensione dell'esecuzione delle pene detentive - Divieto nei confronti dei condannati per il delitto di furto in abitazione - Denunciata disparità di trattamento, irragionevolezza e violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Non fondatezza delle questioni - Segnalazione al legislatore di possibili incongruenze della disciplina.

– Codice di procedura penale, art. 656, comma 9, lettera *a*).

– Costituzione, artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma. Pag. 22



N. 217. Sentenza 5 giugno - 1° ottobre 2019

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Procedimento civile - Patrocinio a spese dello Stato - Effetti dell'ammissione - Onorari dovuti al consulente tecnico di parte e all'ausiliario del magistrato - Omessa previsione dell'anticipazione diretta da parte dell'erario, in luogo della prenotazione a debito a domanda in caso di impossibilità della ripetizione - Difetto di ragionevolezza - Illegittimità costituzionale in parte qua.

- Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, art. 131, comma 3.
- Costituzione, artt. 1, 3, 4, 24, 35, primo comma, e 36.

Pag. 26

ATTI DI PROMOVIAMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 88. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 12 agosto 2019 (del Presidente del Consiglio dei ministri)

Impiego pubblico - Norme della Regione Lombardia - Modifiche all'art. 1 della legge regionale n. 30 del 2006 - Disciplina del processo di acquisizione di nuove professionalità per il personale delle società partecipate in modo totalitario e a partecipazione regionale, con esclusione di quelle quotate.

Impiego pubblico - Norme della Regione Lombardia - Modifiche all'art. 59 della legge regionale n. 34 del 1978 - Impegno delle spese - Autorizzazione al pagamento dei debiti fuori bilancio derivanti da sentenze esecutive contestualmente alla presentazione dell'iniziativa legislativa per il riconoscimento della loro legittimità - Applicazione anche ai debiti fuori bilancio derivanti da sentenze divenute esecutive già alla data di entrata in vigore della legge regionale di riferimento.

Impiego pubblico - Norme della Regione Lombardia - Modifiche alla legge regionale n. 20 del 2003 istitutiva del Comitato regionale per le comunicazioni - Non computabilità dei costi derivanti dalla stipulazione dei contratti di lavoro nelle diverse forme dal calcolo della spesa per il personale - Non computabilità delle spese sostenute per l'esercizio delle funzioni delegate al fine del rispetto dei vincoli di contenimento dei fondi destinati al trattamento accessorio del personale - Utilizzabilità delle risorse acquisite per l'esercizio delle funzioni delegate per l'incremento del trattamento economico accessorio del personale ad esse esclusivamente adibito.

- Legge della Regione Lombardia 6 giugno 2019, n. 9 (Legge di revisione normativa e di semplificazione 2019), artt. 2; 4, comma 1, lettera e); e 10.

Pag. 33

N. 89. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 14 agosto 2019 (del Presidente del Consiglio dei ministri).

Paesaggio - Norme della Regione Abruzzo - Disposizioni dirette al recupero e alla valorizzazione dei trabocchi - Determinazione dei parametri dimensionali di riferimento per gli interventi sui manufatti - Disposizioni per l'autorizzazione paesaggistica.

- Legge della Regione Abruzzo 10 giugno 2019, n. 7 ("Integrazioni e modifiche alla legge regionale 11 agosto 2009, n. 13 (Modifiche ed integrazioni alla L.R. 71/2001 (Rifinanziamento della L.R. n. 93/1994 concernente: Disposizioni per il recupero e la valorizzazione dei trabocchi della costa abruzzese) e norme relative al recupero, alla salvaguardia e alla valorizzazione dei trabocchi da molo, anche detti "caliscendi" o "bilancini", della costa abruzzese) e alla legge regionale 19 dicembre 2001, n. 71 (Rifinanziamento della L.R. n. 93/1994 concernente: Disposizioni per il recupero e la valorizzazione dei trabocchi della costa teatina)), art. 1, comma 1, lettera c), aggiuntivo dei commi 3-bis, 3-ter, 3-quater, 3-quinquies e 3-sexies all'art. 3-ter della legge regionale 11 agosto 2009, n. 13 ("Modifiche ed integrazioni alla L.R. 71/2001 (Rifinanziamento della L.R. n. 93/1994 concernente: Disposizioni per il recupero e la valorizzazione dei trabocchi della costa abruzzese) e norme relative al recupero, alla salvaguardia e alla valorizzazione dei trabocchi da molo, anche detti "caliscendi" o "bilancini", della costa abruzzese").

Pag. 38



- N. 90. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 14 agosto 2019 (del Presidente del Consiglio dei ministri)
Turismo - Norme della Regione Siciliana - Norme per lo sviluppo del turismo nautico - Disciplina dei “marina resort” - Disciplina delle modalità di insediamento, delle competenze sui procedimenti autorizzatori e di controllo - Definizione e individuazione di requisiti tecnici delle strutture - Procedimento per il riconoscimento dell’attività delle strutture esistenti - Estensione dell’applicazione della disciplina, ove compatibile, alle attività di “Boat and breakfast”.
 – Legge della Regione Siciliana 7 giugno 2019, n. 8 (Norme per lo sviluppo del turismo nautico. Disciplina dei marina resort. Norme in materia di elezioni degli organi degli enti di area vasta), artt. 1, comma 2; 2; 3, comma 7; e 5. Pag. 42
- N. 148. Ordinanza della Commissione tributaria provinciale di Genova del 22 gennaio 2019
Imposte e tasse - Imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) - Redditi di partecipazione a società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice - Imputazione al socio “indipendentemente dalla percezione”.
 – Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi), art. 5. Pag. 45
- N. 149. Ordinanza del Tribunale di Bari del 16 aprile 2019
Reati e pene - Stampa - Diffamazione aggravata commessa a mezzo stampa, consistente nell’attribuzione di un fatto determinato - Trattamento sanzionatorio - Previsione della pena cumulativa della reclusione e della multa, anziché in via alternativa.
 – Legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa), art. 13, in combinato disposto con l’art. 595, terzo comma, del codice penale. Pag. 50
- N. 150. Ordinanza del Consiglio di Stato del 12 giugno 2019
Appalti pubblici - Concordato con continuità aziendale - Esclusione dalla partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici dell’impresa ammessa a concordato con continuità aziendale che rivesta la qualità di mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese.
 – Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell’amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), art. 186-bis, comma sesto, aggiunto dall’art. 33, comma 1, lettera h), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134. Pag. 64
- N. 151. Ordinanza della Corte d’appello di Palermo del 29 maggio 2019
Esecuzione penale - Sospensione dell’esecuzione delle pene detentive brevi - Esclusione nei confronti delle persone condannate per il reato di cui all’art. 319-quater, primo comma, cod. pen., aggiunto dalla legge n. 3 del 2019 all’art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 tra i reati ostativi alla concessione di determinati benefici penitenziari.
In via subordinata: Esecuzione penale - Sospensione dell’esecuzione delle pene detentive brevi - Esclusione nei confronti delle persone condannate per il reato di cui all’art. 319-quater, primo comma, cod. pen., aggiunto dalla legge n. 3 del 2019 all’art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 tra i reati ostativi alla concessione di determinati benefici penitenziari - Mancata previsione di un regime transitorio.
 – Codice di procedura penale, art. 656, comma 9, lettera a), nella parte in cui richiama l’art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall’art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), in relazione all’art. 319-quater, primo comma, del codice penale. Pag. 72



N. 152. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria del 30 aprile 2019

Università - Norme in materia di personale accademico e reclutamento - Procedura di valutazione per la chiamata nel ruolo di professore di prima e seconda fascia dei ricercatori a tempo indeterminato, in servizio nell'università medesima, che abbiano conseguito l'abilitazione scientifica - Riconoscimento alle università della possibilità di utilizzare tale procedura di valutazione entro otto anni dall'entrata in vigore della legge n. 240 del 2010.

- Legge 30 dicembre 2010, n. 240 (Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario), art. 24, comma 6.

Pag. 83

N. 153. Ordinanza del Tribunale di Ancona del 29 luglio 2019.

Straniero - Disposizioni in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica - Disposizioni in materia di iscrizione anagrafica - Previsione che il permesso di soggiorno per richiesta di asilo non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica.

- Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, art. 13, comma 1, lettera a), numero 2.

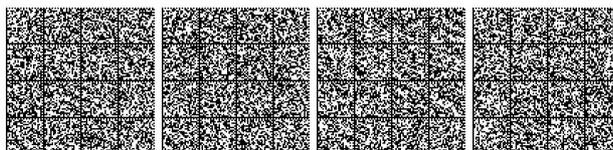
Pag. 88

N. 154. Ordinanza del Tribunale di Siracusa del 5 febbraio 2019

Impiego pubblico - Norme della Regione Siciliana - Misure per il conseguimento di risparmi di spesa - Trattamento economico complessivo dei dipendenti, anche con qualifica dirigenziale, degli enti sottoposti a controllo e vigilanza della Regione, delle società a totale o maggioritaria partecipazione regionale, che svolgono l'attività esclusivamente con affidamenti diretti della Regione, nonché degli enti che ricevono trasferimenti o contributi a carico del bilancio regionale - Applicazione di un limite massimo di 100.000 euro annui lordi.

- Legge della Regione Siciliana 11 giugno 2014, n. 13 (Variazioni al bilancio di previsione della Regione per l'esercizio finanziario 2014 e modifiche alla legge regionale 28 gennaio 2014, n. 5 "Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2014. Legge di stabilità regionale". Disposizioni varie), art. 13, comma 3, come modificato dall'art. 14 [, comma 1, lettera a),] della legge regionale 17 maggio 2016, n. 8 (Disposizioni per favorire l'economia. Norme in materia di personale. Disposizioni varie).

Pag. 102



SENTENZE ED ORDINANZE DELLA CORTE

N. 214

Sentenza 2 luglio - 25 settembre 2019

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Comuni, Province e Città metropolitane - Norme della Regione Marche - Distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e incorporazione nel Comune di Mondolfo - Referendum consultivo sulla proposta di modifica delle circoscrizioni comunali - Partecipazione consentita ai soli residenti nella frazione di Marotta e nelle zone immediatamente contigue - Denunciato contrasto con l'obbligo di consultazione delle "popolazioni interessate" e con il principio di ragionevolezza - Non fondatezza delle questioni.

- Legge della Regione Marche 23 giugno 2014, n. 15.
- Costituzione, artt. 3 e 133, secondo comma.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Giorgio LATTANZI;

Giudici : Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Luca ANTONINI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale della legge della Regione Marche 23 giugno 2014, n. 15 (Distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e incorporazione nel Comune di Mondolfo. Mutamento delle rispettive circoscrizioni comunali), promosso dal Consiglio di Stato, sezione quinta, nel procedimento vertente tra il Comune di Fano e altri e la Regione Marche e altri, con ordinanza dell'11 giugno 2018, iscritta al n. 145 del registro ordinanze 2018 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 42, prima serie speciale, dell'anno 2018.

Visti gli atti di costituzione dei Comuni di Fano e di Mondolfo, della Regione Marche e di Vitali Gabriele, in proprio e nella qualità di legale rappresentante *pro tempore* del Comitato Pro Marotta Unita;

udito nell'udienza pubblica del 2 luglio 2019 il Giudice relatore Nicolò Zanon;

uditi gli avvocati Maria Alessandra Sandulli e Antonio D'Atena per il Comune di Fano, Stefano Grassi per la Regione Marche, Massimo Luciani per il Comune di Mondolfo e Francesca Santorelli per Vitali Gabriele, in proprio e nella qualità di legale rappresentante *pro tempore* del Comitato Pro Marotta Unita.



Ritenuto in fatto

1.- Il Consiglio di Stato, sezione quinta, con ordinanza dell'11 giugno 2018 (r. o. n. 145 del 2018) ha sollevato questioni di legittimità costituzionale della legge della Regione Marche 23 giugno 2014, n. 15 (Distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e incorporazione nel Comune di Mondolfo. Mutamento delle rispettive circoscrizioni comunali) in riferimento agli artt. 3 e 133, secondo comma, della Costituzione.

Ricorda il rimettente che - nell'ambito del procedimento legislativo scaturito dalla proposta di legge regionale n. 77 del 2011, recante «Distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e incorporazione nel Comune di Mondolfo. Mutamento delle rispettive circoscrizioni comunali» - il Consiglio regionale della Regione Marche aveva adottato una delibera di indizione di *referendum* consultivo individuando le popolazioni interessate nei soli residenti della frazione di Marotta di Fano (delibera consiliare n. 61 del 15 gennaio 2013).

Il Comune di Fano aveva impugnato tale delibera innanzi al Tribunale amministrativo regionale per le Marche, il quale, con ordinanza 19 aprile 2013, n. 160, aveva accolto l'istanza cautelare e sospeso l'esecuzione degli atti del procedimento referendario.

A seguito di tale pronuncia, il Consiglio regionale della Regione Marche, previa revoca dell'originaria delibera, aveva rinnovato - con la delibera consiliare n. 87 del 22 ottobre 2013 - l'indizione del *referendum*, estendendo questa volta la consultazione alle popolazioni di Fano e Mondolfo residenti nelle zone immediatamente contigue alla frazione di Marotta di Fano. Anche tale provvedimento veniva impugnato dal Comune di Fano dinnanzi al TAR Marche. Quest'ultimo, tuttavia, respingeva l'istanza cautelare con ordinanza 10 gennaio 2014, n. 6, ritenendo che questa seconda delibera del Consiglio regionale rispondesse a quanto disposto dalla propria precedente ordinanza n. 160 del 2013.

Nelle more del giudizio amministrativo, il procedimento di variazione territoriale proseguiva: il *referendum* si svolgeva il 9 marzo 2014 e vedeva esprimersi a favore del distacco il 67,3 per cento dei votanti. Alla luce dell'esito del *referendum*, il Consiglio regionale approvava la legge reg. Marche n. 15 del 2014, deliberando così il distacco della frazione di Marotta di Fano dal Comune di Fano e la sua incorporazione nel Comune di Mondolfo.

Successivamente, il TAR Marche, sezione prima, con sentenza 18 settembre 2015, n. 660, respingeva il ricorso e i motivi aggiunti proposti dal Comune di Fano nei confronti degli atti del procedimento di variazione, ritenendo altresì manifestamente infondate le censure di illegittimità costituzionale eccepite dal Comune di Fano in riferimento alla legge reg. Marche n. 15 del 2014.

Il Comune di Fano adiva allora il Consiglio di Stato che, con sentenza non definitiva 23 agosto 2016, n. 3678, annullava la delibera consiliare n. 87 del 2013 per violazione dell'art. 133, secondo comma, Cost., poiché non erano stati chiamati ad esprimere il voto consultivo tutti i cittadini residenti nei due Comuni interessati dalla modifica circoscrizionale. Contro tale sentenza non definitiva la Regione Marche promuoveva conflitto di attribuzione.

Con la coeva ordinanza del 23 agosto 2016, n. 3679, il Consiglio di Stato sollevava altresì questioni di legittimità costituzionale nei confronti della legge reg. Marche n. 15 del 2014, per ritenuta violazione degli artt. 3, 113, primo e secondo comma e 133, secondo comma, Cost.

Riuniti i giudizi relativi al conflitto di attribuzione e alle questioni di legittimità costituzionale, con la sentenza n. 2 del 2018 la Corte costituzionale accoglieva il primo e dichiarava inammissibili le seconde.

In base a tale pronuncia, a seguito dell'entrata in vigore della legge di variazione circoscrizionale, eventuali vizi relativi alla delibera di indizione del *referendum* consultivo si traducono infatti in un vizio formale della legge e sono dunque conoscibili in via esclusiva dalla Corte costituzionale. Di conseguenza, la questione di legittimità costituzionale è risultata inammissibile poiché fondata sull'«errato presupposto che il *referendum* consultivo costituisse “oggetto e contenuto della legge di variazione”, anziché un suo mero “presupposto procedimentale”».

Il conflitto di attribuzione veniva invece accolto perché, secondo la Corte costituzionale, non spettava al giudice amministrativo procedere all'annullamento del *referendum* consultivo, atto che si colloca, costituendone fase indispensabile, nell'ambito del procedimento legislativo. Il giudice amministrativo avrebbe invece dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale dell'intervenuta legge regionale, per violazione dell'art. 133, comma secondo, Cost.

A seguito della sentenza della Corte costituzionale, il Comune di Fano ha riassunto il giudizio chiedendo al Consiglio di Stato di sollevare questione di legittimità costituzionale.

2.- Tutto ciò premesso, il giudice rimettente richiama le ragioni che hanno portato il Consiglio regionale delle Marche, con la delibera n. 87 del 2013, a individuare, come «popolazioni interessate», oltre ai residenti nella frazione di Marotta, i residenti «nelle zone immediatamente contigue».



L'«interesse qualificato» di tali soggetti avrebbe trovato fondamento nella fruizione, da parte di costoro, di alcune infrastrutture (un istituto scolastico e una farmacia comunale) site nella frazione di Marotta; nella condivisione con i residenti del Comune di Mondolfo di servizi pubblici ivi esistenti; nell'interesse ad avere un'unica amministrazione della zona, costituita da una fascia costiera «attualmente divisa tra i due comuni». L'interesse ad essere consultati non sarebbe invece riscontrabile negli abitanti delle altre zone dei Comuni di Fano e Mondolfo, posto che costoro «fruiscono di analoghi servizi più prossimi alle rispettive zone di residenza» e non appaiono direttamente incisi dalla divisione amministrativa in questione.

La delibera consiliare rilevava inoltre come l'abitato di Marotta fosse amministrativamente ripartito tra i Comuni di Fano e Mondolfo e che il centro della frazione di Marotta fosse esattamente diviso a metà tra i due citati Comuni. Prima del distacco, l'80 per cento del territorio di Marotta ricadeva infatti nel territorio di Mondolfo (da esso distante 6 chilometri) e ne costituiva la parte territorialmente più rilevante. Marotta rappresentava invece «una parte trascurabile del ben più esteso Comune di Fano» (distante dalla stessa frazione 14 chilometri). Il litorale di Marotta rappresentava poi l'unico sbocco al mare per Mondolfo, mentre invece costituiva una piccola parte della ben più ampia zona costiera del Comune di Fano. Da un punto di vista demografico, il distacco dei circa 3.000 residenti di Marotta dal Comune di Fano non avrebbe avuto impatto significativo su quest'ultimo, poiché la popolazione fanese ammonta in totale a 63.000 abitanti. La situazione di divisione amministrativa che caratterizzava la frazione di Marotta comportava inoltre che «cittadini dello stesso abitato» fossero sottoposti all'applicazione di strumenti diversi di governo del territorio, di organizzazione e gestione dei servizi, e ad un diverso trattamento fiscale. Infine, esponeva la delibera consiliare, non si sarebbe realizzato alcuno smembramento territoriale, in quanto la frazione di Marotta di Fano costituiva «già un'unica realtà sociale e territoriale con la frazione di Marotta di Mondolfo».

3.- Il Consiglio di Stato si sofferma sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, respingendo le eccezioni sollevate da alcune delle parti del giudizio *a quo* e dando atto della sentenza n. 2 del 2018 della Corte costituzionale.

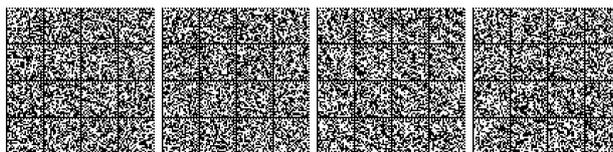
Anche rispetto alla non manifesta infondatezza della questione rilevarebbe la citata sentenza n. 2 del 2018: il rimettente evidenzia come la verifica inerente alle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Comune di Fano tenda a sovrapporsi al giudizio che la Corte costituzionale si è riservata e ritiene che la valutazione che il Consiglio di Stato è chiamato a svolgere debba dunque «arrestarsi ad una verifica estrinseca di mera pertinenza e plausibilità delle questioni prospettate».

Ciò premesso, viene ricordata la giurisprudenza costituzionale formatasi sull'art. 133 Cost., dalla quale emergerebbe che la regola generale nei procedimenti di variazione territoriale è quella secondo cui le popolazioni interessate al *referendum* consultivo devono essere individuate «nei residenti dei comuni coinvolti». Tale regola sarebbe derogabile in «ipotesi particolari ed eccezionali», in base ad «una valutazione di elementi di fatto che dovrà effettuarsi caso per caso al momento di indire il *referendum* consultivo» (vengono citate le sentenze n. 47 del 2003 e n. 433 del 1995). In particolare, il Consiglio di Stato richiama la sentenza n. 94 del 2000 con la quale la Corte costituzionale avrebbe precisato che se l'art. 133, secondo comma, Cost., non prevede in assoluto la necessità di coinvolgere l'intera popolazione dei due Comuni interessati dal mutamento territoriale, un simile coinvolgimento sarebbe comunque obbligatorio qualora sussista un interesse riferibile all'intera popolazione.

Alla luce dei precedenti, alcuni elementi della delibera consiliare di indizione del *referendum* consultivo metterebbero in dubbio la conformità di tale delibera, e della legge reg. Marche n. 15 del 2014, rispetto alla richiamata giurisprudenza costituzionale.

Così, il fatto che la frazione di Marotta costituisca una porzione di territorio dalla «superficie limitata», che essa rappresenti «una quota di popolazione contenuta rispetto a quella dell'intero Comune di Fano», nonché la distanza dal centro cittadino di Fano, costituirebbero elementi riscontrabili «in molti altri comuni comprendenti nella loro circoscrizione diverse frazioni o località poste al di fuori dell'abitato principale».

La situazione di Marotta - caratterizzata da un unitario tessuto urbanistico facente capo a diverse amministrazioni locali - non sarebbe poi differente dallo «sviluppo tipico delle zone costiere». La modifica delle circoscrizioni comunali non sarebbe l'unico strumento per far fronte a esigenze unitarie, esistendo altri strumenti di coordinamento delle funzioni amministrative e dei servizi pubblici. La delibera di indizione consiliare del *referendum* correlerebbe inoltre la situazione di divisione amministrativa a «pretese, ma indimostrate, ripercussioni sul piano socio-economico negative, addirittura qualificate come «evidenti», per la collettività ivi insediata, di cui tuttavia non sono forniti ulteriori ragguagli».



La dedotta «necessità di armonizzare il trattamento fiscale dei residenti nella frazione di Marotta» caricherebbe la consultazione e il procedimento di variazione circoscrizionale di un tema particolarmente sensibile per l'opinione pubblica, «senza tuttavia un coinvolgimento ampio delle popolazioni coinvolte». A tal proposito, il rimettente evidenzia che, come pure sottolineato dal Comune di Fano, «i riflessi che la variazione circoscrizionale può determinare sulle grandezze di bilancio dell'ente locale sono destinati a ripercuotersi sui cittadini in esso residenti».

In definitiva, la «scelta amministrativa incidente “a priori” sull'elettorato chiamato a pronunciarsi» sulla modifica circoscrizionale non consentirebbe - in contrasto con la giurisprudenza costituzionale - di apprezzare ragionevolmente l'interesse delle popolazioni al mutamento circoscrizionale di cui all'art. 133, secondo comma, Cost., a maggior ragione «per una consultazione per la quale non è previsto un quorum ai fini della relativa validità».

4.- Con atto depositato il 13 novembre 2018, il Comune di Fano si è costituito in giudizio per chiedere l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale.

Alla luce della giurisprudenza costituzionale intervenuta in materia (vengono citate le sentenze n. 94 del 2000, n. 433 del 1995 e n. 453 del 1989), non si riscontrerebbero, nel caso in esame, elementi dai quali desumere con sicurezza che il distacco della frazione di Marotta sia «privo di ricadute sugli interessi dell'intera popolazione dei due Comuni». Inoltre, «la selezione delle popolazioni da chiamare al *referendum* consultivo» sarebbe avvenuta «in termini d'incontestabile pressapochismo, mettendo insieme “scampoli demografici” individuati in modo tutt'altro che rigoroso». In questa prospettiva, sarebbe ad esempio del tutto illogica e arbitraria l'esclusione dalla consultazione referendaria degli elettori facenti capo ad una contigua sezione elettorale pure originariamente contemplata nell'ambito della «popolazione interessata».

Non si tratterebbe di dati irrilevanti, poiché il *referendum*, espressione del principio di autodeterminazione delle popolazioni interessate (viene citata la sentenza n. 21 del 2018), è strumento in grado di «fornire al legislatore regionale la rappresentazione della volontà delle popolazioni interessate rispetto alla divisata variazione territoriale». Soltanto se «perimetra fedelmente la platea dei soggetti il cui avviso è rilevante ai fini della decisione finale», il *referendum* potrebbe fornire al legislatore regionale «elementi di valutazione realmente attendibili».

Secondo il Comune di Fano, la scelta del Consiglio regionale sarebbe stata adottata con la consapevolezza che - al fine di evitare il ripetersi dell'esito della consultazione, svoltasi nel 1981 sulla medesima variazione territoriale, che vide il voto contrario del 77,84 per cento di tutti i residenti dei Comuni interessati - soltanto circoscrivendo «artatamente il perimetro» delle popolazioni interessate, il *referendum* consultivo poteva dare parere positivo all'inclusione della frazione Marotta nel Comune di Mondolfo.

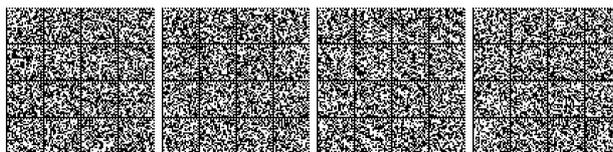
Da ultimo, il Comune di Fano evidenzia come il procedimento seguito dalla Regione Marche abbia determinato anche la violazione dell'art. 3, primo comma, Cost. e che la mancanza della consultazione popolare (viene citata la sentenza n. 36 del 2011), così come la «consultazione viziata», si traducono in un vizio procedimentale della legge regionale che modifica le circoscrizioni comunali (si evoca la sentenza n. 2 del 2018).

5.- Con atto depositato il 13 novembre 2018 si è costituita in giudizio la Regione Marche per chiedere che la Corte costituzionale dichiari la manifesta inammissibilità e, comunque, l'infondatezza della questione oggetto del giudizio.

La Regione Marche eccepisce l'inammissibilità della questione per diverse ragioni: in primo luogo, essa non sarebbe stata individuata «in termini chiari, precisi e autonomi». Non sarebbe rispettato il principio di necessaria autosufficienza dell'atto introduttivo del giudizio che, nel presente caso, vedrebbe il suo oggetto «testualmente individuato solo per relationem rispetto agli atti di causa del giudizio principale [...], senza che il Giudice rimettente abbia in alcun modo preso autonoma posizione sui termini della questione sollevata».

In secondo luogo, il Consiglio di Stato non avrebbe operato lo scrutinio circa la non manifesta infondatezza della questione, con ciò sottraendosi «agli specifici compiti della propria giurisdizione» e, in diversi passaggi dell'ordinanza, avrebbe persino inammissibilmente dichiarato di voler abdicare al proprio compito di operare un tale scrutinio. In ogni caso, non avrebbe spiegato «perché i criteri adottati in concreto dal Consiglio regionale delle Marche nella delibera n. 87 del 2013 ai fini dell'individuazione delle “popolazioni interessate” si porrebbero in contrasto con i parametri costituzionali invocati».

Inammissibile sarebbe poi la questione di legittimità sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., per la completa assenza di argomentazioni sul punto.



Infine, la Regione Marche evidenzia come le carenze dell'ordinanza di rimessione sarebbero particolarmente «rilevanti in relazione alle vicende» in esame, poiché sono già trascorsi oltre quattro anni dallo svolgimento del *referendum* e sono stati già regolati consensualmente i rapporti conseguenti alla modifica delle circoscrizioni comunali. Ancora, la Regione Marche adombra, quale ulteriore ragione di inammissibilità, il possibile esaurimento del potere di decidere sul punto da parte del giudice rimettente.

Nel merito, la Regione Marche ricostruisce la giurisprudenza costituzionale rilevante (si evocano le sentenze n. 47 del 2003, n. 94 del 2000, n. 433 del 1995 e n. 453 del 1989) per evidenziare come, nel caso in esame, sarebbero stati rispettati i criteri - desumibili proprio da tale giurisprudenza - in base ai quali sarebbe legittimo individuare quali «popolazioni interessate» quote di popolazione non coincidenti con il totale delle persone residenti nei Comuni coinvolti nella variazione. Così, la delibera consiliare n. 87 del 2013 sarebbe stata adottata dando «rilievo agli elementi specifici che il caso di specie presentava», valutando in particolare le dimensioni, l'autonomia delle comunità coinvolte, gli aspetti socio-economici e l'effettivo utilizzo dei servizi da parte delle diverse frazioni dei territori comunali.

In particolare, che la popolazione di Marotta sia «un gruppo sociologicamente distinto rispetto al Comune di Fano» si desumerebbe dal nome stesso della frazione, dalla conformazione territoriale, dalla distanza e dalla concreta organizzazione e gestione dei servizi comunali. Rileverebbero a tal proposito anche il rapporto tra gli abitanti della frazione di Marotta (3.000) e quelli dei Comuni di Fano (63.000) e Mondolfo (12.000), nonché il rapporto tra l'ampiezza del territorio oggetto di distacco (1,53 chilometri quadrati) e quello dei due Comuni interessati (121 chilometri quadrati Fano; 23 chilometri quadrati Mondolfo).

In definitiva, non ci sarebbe coincidenza tra le «popolazioni interessate» e gli enti formalmente coinvolti nella procedura e neppure sarebbero irragionevoli i criteri con cui il Consiglio regionale ha individuato le popolazioni.

6.- Con atto depositato il 12 novembre 2018 si è costituito in giudizio il Comune di Mondolfo, per chiedere che la questione di legittimità costituzionale «sia dichiarata (manifestamente) inammissibile e, in subordine, (manifestamente) infondata».

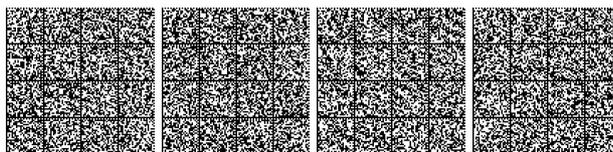
Il Comune di Mondolfo eccepisce in primo luogo l'inammissibilità della questione per essersi il giudice rimettente sottratto al compito di valutare la non manifesta infondatezza della questione stessa. Il giudice *a quo* sarebbe «caduto in un grave equivoco», limitandosi a sollevare la questione di legittimità costituzionale senza svolgere il preliminare compito di «filtro» che richiede la selezione delle questioni non manifestamente infondate. L'ordinanza di rimessione, pertanto, farebbe «coincidere l'accertamento della non manifesta infondatezza con l'accertamento del merito "pieno" della costituzionalità o meno».

Una seconda ragione di inammissibilità consisterebbe nel fatto che «tutte le considerazioni del rimettente sulla scelta regionale di spostare la frazione di Marotta dal Comune di Fano per ricongiungerla al Comune di Mondolfo attengono al merito amministrativo, se non alla pura e semplice opportunità». Il giudice *a quo* non si sarebbe dunque interessato della correttezza o meno dell'identificazione delle popolazioni interessate, e dunque non avrebbe valutato la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, ma avrebbe ragionato «come se stesse esercitando un sindacato sulla legittimità di un provvedimento amministrativo».

Evidenzia ancora il Comune di Mondolfo che, in diversi passaggi, l'ordinanza risulterebbe inammissibilmente motivata per *relationem*.

Da ultimo, il *petitum* della questione sarebbe indeterminato e avrebbe natura perplessa, o *incipite*: non sarebbe chiaro se «il rimettente lamenti l'illegittima identificazione delle «popolazioni interessate» ovvero, più radicalmente, l'illegittimità di qualunque delimitazione delle stesse, che conduca a consultare un gruppo minore di quello costituito dall'intera popolazione dei Comuni coinvolti».

Nel merito, il Comune di Mondolfo segnala come, in materia di «circoscrizioni comunali», ascrivibile alla competenza residuale delle Regioni, queste godrebbero di «un certo margine di discrezionalità». Dopo aver richiamato i precedenti giurisprudenziali rilevanti (vengono evocate ancora le sentenze n. 47 del 2003, n. 94 del 2000 e n. 433 del 1995), il Comune di Mondolfo sostiene che «spetta alla Regione interessata indicare [...] quali siano le popolazioni effettivamente interessate dalla consultazione [che] potrebbe essere anche limitata alla sola popolazione potenzialmente oggetto di trasferimento ad altra circoscrizione comunale, purché la Regione abbia adeguatamente motivato le ragioni che giustificano tale limitazione della platea dei residenti chiamati ad esprimersi».



Secondo il Comune di Mondolfo, la delibera consiliare n. 87 del 2013 avrebbe ragionevolmente individuato le «popolazioni interessate» e avrebbe altresì fornito «indicazioni esaustive e inequivocabili in ordine all'interesse a partecipare alla consultazione referendaria». In particolare, poiché «la parte meridionale del Comune di Fano è costituita da una stretta striscia di territorio affacciata sul mare [e poiché] la frazione di Marotta di Fano costituisce la parte più estrema di tale lembo, posta a ridosso del Comune di Mondolfo», sarebbe «più che ragionevole estendere la consultazione referendaria alle popolazioni residenti nelle zone limitrofe di quella fascia costiera, mentre del tutto illogico sarebbe stato coinvolgere tutti gli altri residenti del Comune di Fano». Inoltre, la frazione di Marotta e il Comune di Fano presenterebbero un tessuto sociale e un assetto economico-amministrativo molto diversi, rappresentando Marotta una parte del tutto trascurabile dello stesso Comune fanese.

L'adeguatezza dell'individuazione delle «popolazioni interessate» sarebbe poi stata confermata ex post anche dai dati relativi all'affluenza alle urne del *referendum*. Mentre nella frazione di Marotta di Fano - i cui residenti erano direttamente interessati al procedimento - l'affluenza si è attestata su livelli più elevati di quelli relativi alle precedenti elezioni europee e amministrative, «mano a mano che ci si allontana dalla frazione di Marotta, invece, è accaduto il contrario e l'affluenza al *referendum* è stata inferiore a quella alle elezioni». Secondo il Comune di Mondolfo, «ove la consultazione fosse stata estesa a tutti i residenti nel Comune di Fano, l'affluenza sarebbe stata ancor più bassa, per il semplice fatto che tali popolazioni non nutrivano alcun interesse concreto per le sorti della frazione che chiedeva il distacco».

La difesa del Comune di Mondolfo evidenzia ancora come, tra tutti i soggetti istituzionali consultati, il solo Comune di Fano avesse sostenuto la necessità della consultazione totalitaria dei cittadini residenti nel Comune da cui avviene il distacco.

Infine, il Comune di Mondolfo segnala che già la relazione alla proposta di legge popolare che ha dato il via al procedimento legislativo avrebbe dato atto della sussistenza di «tutte le particolari ragioni necessarie a qualificare adeguata e ragionevole l'individuazione delle "popolazioni interessate" effettuata con la Delibera n. 87 del 2013».

7.- Si è altresì costituito in giudizio, con atto depositato il 12 novembre 2018, Vitali Gabriele, in proprio e come legale rappresentante del Comitato Pro Marotta Unita per chiedere che la questione di legittimità costituzionale sia dichiarata inammissibile e, in subordine, infondata.

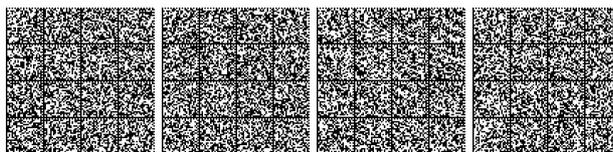
La parte segnala preliminarmente come la divisione amministrativa di Marotta avrebbe creato, nel corso degli anni, numerosi problemi alla cittadinanza e come i tentativi di unire le due parti della frazione di Marotta siano iniziati già dalla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso.

In punto di diritto, viene eccepita la manifesta inammissibilità della questione per la completa assenza del «giudizio preliminare di non manifesta infondatezza». Altra ragione di inammissibilità si rinverrebbe nell'«evidente incertezza del petitum»: non sarebbe chiaro «se il rimettente si dolga dell'illegittima identificazione delle popolazioni interessate» operata nel presente caso oppure se, «più radicalmente, censuri l'illegittimità di qualunque delimitazione della platea referendaria».

Nel merito, la questione sarebbe infondata perché la delibera di indizione del *referendum* consultivo, nella «ponderazione della scelta restrittiva del corpo elettorale», avrebbe osservato i canoni interpretativi individuati dalla giurisprudenza costituzionale (si citano le sentenze n. 94 del 2000 e n. 433 del 1995). In particolare, rileverebbero «la limitatissima estensione di Marotta di Fano dal punto di vista demografico e territoriale [...]; l'assenza di qualsiasi infrastruttura di rilievo per l'insieme del Comune di Fano; l'estrema eccentricità di Marotta rispetto al capoluogo [...]; l'essere Marotta una frazione già sociologicamente distinta da Fano, amministrata per oltre l'80% dal Comune di Mondolfo, con il quale costituisce invece un tutt'uno omogeneo [...]; l'assenza di qualsiasi pericolo di smembramento per il territorio di Fano [...]; l'assenza di pregiudizio, sul piano dell'organizzazione e della fruizione dei servizi, per la restante popolazione del Comune di Fano; le risalenti esigenze di unificazione amministrativa».

I dati relativi all'affluenza al *referendum* confermerebbero la bontà della scelta del Consiglio regionale, considerando che le sezioni più lontane dal centro di Marotta hanno visto livelli di partecipazione molto bassa rispetto a quelle insistenti su zone direttamente interessate dal mutamento territoriale. Inoltre, a oltre cinque anni di distanza dall'avvenuta modifica circoscrizionale, il Comune di Fano non avrebbe dimostrato il verificarsi del benché minimo pregiudizio a suo danno.

8.- Con atto dell'11 giugno 2019, il Comune di Fano ha depositato memoria illustrativa in vista dell'udienza pubblica. Replicando all'eccepita assenza della motivazione sulla non manifesta infondatezza, la difesa sottolinea che, nella seconda parte, l'ordinanza di rimessione chiarirebbe «le ragioni per le quali [...] difetterebbero presupposti tali da giustificare la deroga alla regola generale della consultazione totalitaria delle popolazioni comunali», dando atto sia delle considerazioni di «ordine geografico», sia delle ragioni legate al bilancio dell'ente locale che impedirebbero l'applicazione della deroga. Quanto all'eccepita presenza di una motivazione per relationem, secondo il Comune di Fano, il giudice rimettente, pur in una «argomentazione sintetica», avrebbe comunque fatto proprie, condividendole, le eccezioni di legittimità costituzionale prospettate dalla parte ricorrente del giudizio *a quo*. Non saremmo dunque in presenza di una motivazione per relationem (viene citata la sentenza n. 10 del 2015).



Inoltre, dall'intero testo dell'ordinanza si ricaverebbero, «al di là di ogni possibile incertezza», le ragioni della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, in virtù di un'argomentazione fondata sulla giurisprudenza costituzionale alla quale lo stesso giudice aderirebbe.

A margine, la difesa del Comune di Fano segnala come la presente vicenda sarebbe caratterizzata da elementi «di unicità, che non consentono di fare ricorso agli schemi consueti». D'altra parte, già con la sentenza non definitiva poi annullata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 2 del 2018, il Consiglio di Stato avrebbe dato atto di ritenere che l'atto indittivo del *referendum* fosse in contrasto con la Costituzione: sarebbe pertanto «difficile sostenere che esso non riconosca la non manifesta infondatezza» della presente questione.

Viene infine escluso che il *petitum* della questione possa avere natura indeterminata e che, come adombrato nell'atto di costituzione in giudizio della Regione Marche, possano esserci profili di inammissibilità legati alla irrilevanza della questione.

Nel merito, il Comune di Fano si sofferma sulla tesi prospettata dal Comune di Mondolfo volta a valorizzare - nel senso della conformità a Costituzione e della ragionevolezza della scelta di circoscrivere la platea delle «popolazioni interessate» - i dati relativi all'affluenza che, particolarmente elevata nelle zone direttamente interessate alla variazione territoriale, è diventata sempre più bassa nelle sezioni elettorali più lontane da tali zone. Tale argomento proverebbe troppo. Sarebbe in primo luogo «tutto da dimostrare che la partecipazione alla consultazione delle sezioni escluse sarebbe stata ancora più bassa». In secondo luogo, sarebbe difficile desumere indicazioni univoche da tali dati: la ridotta partecipazione potrebbe ragionevolmente essere spiegata «dalla diffusa convinzione che il campione demografico selezionato dal Consiglio regionale rendesse assolutamente prevedibile il risultato favorevole al distacco. Con la conseguente sensazione, da parte degli elettori delle sezioni più periferiche, dell'inutilità della propria partecipazione alla consultazione».

La consapevolezza di un esito della consultazione non scontato avrebbe invece potuto determinare maggiore partecipazione anche degli elettori più lontani. Circostanza, questa, che sarebbe dimostrata dall'esito del *referendum* che si tenne nel giugno del 1981, al quale parteciparono il 59,1 per cento degli elettori del Comune di Fano e l'81,29 per cento degli elettori del Comune di Mondolfo e che vide prevalere il 77,84 per cento dei votanti esprimersi contro la variazione. Proprio l'esito di quel *referendum*, ipotizza la difesa del Comune di Fano, avrebbe «convinto la Regione a costruire un corpo elettorale più compiacente rispetto al risultato divisato».

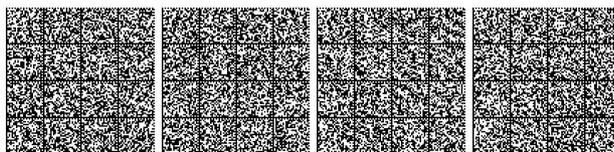
Ancora, il Comune di Fano evidenzia come la pur esistente discrezionalità riconosciuta alle Regioni in merito all'individuazione delle «popolazioni interessate» non può tradursi - come pure si desume dalla giurisprudenza costituzionale - in una forma di libertà arbitraria e insindacabile. Da ultimo, precisa che la mancata consultazione delle intere popolazioni dei due Comuni toccati dalla variazione territoriale non possa essere in alcun modo surrogata e compensata dalla consultazione degli enti locali.

9.- Con memoria depositata l'11 giugno 2019 la Regione Marche insiste affinché la Corte dichiari la manifesta inammissibilità e comunque la manifesta infondatezza della questione. La difesa della Regione evidenzia in particolare «l'interesse principale della Regione Marche a una soluzione definitiva del lungo contenzioso ancora in corso, che finalmente consenta di “consolidare” gli effetti della legge regionale n. 15 del 2014» e segnala come i criteri con i quali «sono state individuate le “ulteriori” popolazioni [interessate] sono il frutto di una lunga, approfondita e partecipata istruttoria».

10.- Con memoria depositata l'11 giugno 2019, il Comune di Mondolfo, nel replicare alle argomentazioni contenute nell'atto di costituzione del Comune di Fano, insiste per l'inammissibilità della questione.

Nel merito, sostiene che le deduzioni del Comune di Fano confermerebbero la derogabilità della regola del principio generale della consultazione di tutte le popolazioni dei Comuni coinvolti. In particolare, l'esclusione dei residenti della sezione elettorale n. 46 dalla consultazione referendaria si giustificerebbe con la lontananza dalla «modestissima porzione di territorio comunale oggetto di trasferimento». Gli abitanti delle sezioni più lontane non sarebbero infatti interessati al procedimento di variazione territoriale e si sarebbero esclusi dalla consultazione i cittadini facenti capo alle sezioni elettorali non collocate sulla costa.

Il Comune di Mondolfo, ribadendo la piena legittimità e la ragionevolezza delle scelte effettuate nell'individuazione della popolazione interessata, segnala come tali scelte non avrebbero riservato alcun trattamento di favore nei confronti del Comune di Mondolfo, perché i residenti delle zone contigue al territorio da trasferire ammessi alla consultazione erano elettori di entrambi i Comuni individuati sulla base di ragioni sociali ed economico-amministrative analiticamente motivate nella delibera consiliare di indizione del *referendum* e nella relazione alla proposta di legge popolare.



11.- In data 11 giugno 2019 anche la difesa di Vitali Gabriele, in proprio e per il Comitato Pro Marotta Unita, ha depositato memoria, sottolineando come il mutamento circoscrizionale abbia consentito di «unificare una cittadina già esistente come una entità urbana a sé stante, il cui territorio era incomprensibilmente diviso tra due diverse amministrazioni». Dalla giurisprudenza costituzionale emergerebbe il principio secondo cui il mutamento circoscrizionale di cui all'art. 133, comma secondo, Cost., «non deve comportare il pericolo di smembramento dell'ente locale, per la sua integrità territoriale, economica e sociale», circostanza che nel caso in esame non si sarebbe verificata.

Quanto all'individuazione della popolazione interessata, la Regione Marche avrebbe compiuto una «approfondita valutazione della situazione concreta di Marotta e delle sue molteplici peculiarità»: frazione del tutto eccentrica rispetto al Comune di Fano, caratterizzata da una «sua precisa soggettività», risalente alla seconda metà del Cinquecento; con un dialetto identico a quello di Mondolfo, ma diverso da quello del Comune di Fano; con tradizioni sportive, culturali e festive peculiari e differenti rispetto a quelle fanesi. Il territorio oggetto della variazione territoriale riguarderebbe «grandezze oggettivamente minuscole rispetto al totale del Comune di Fano, sia dal punto di vista demografico che dell'estensione territoriale», il che testimonierebbe «l'assenza di qualsiasi pericolo di smembramento, per il territorio del Comune di Fano». La zona trasferita sarebbe poi priva di qualsiasi infrastruttura, eccezion fatta per un edificio scolastico - che mai sarebbe stato frequentato «nemmeno [da] uno studente proveniente da Fano» - e una farmacia. La valutazione complessiva di tutti questi elementi, corrispondenti ai requisiti richiesti dalla giurisprudenza costituzionale per i casi di deroga della consultazione dell'intera popolazione, renderebbe legittima la scelta del Consiglio regionale marchigiano.

Considerato in diritto

1.- Il Consiglio di Stato, sezione quinta, solleva questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 133, secondo comma, della Costituzione, della legge della Regione Marche 23 giugno 2014, n. 15 (Distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e incorporazione nel Comune di Mondolfo. Mutamento delle rispettive circoscrizioni comunali).

Il giudice *a quo* censura la legge reg. Marche n. 15 del 2014 in quanto non la ritiene conforme alla giurisprudenza che questa Corte ha sviluppato in relazione all'art. 133, secondo comma, Cost., e in particolare alla nozione di «popolazioni interessate»: quelle, cioè, che devono essere necessariamente sentite prima dell'approvazione della legge di variazione circoscrizionale, o meglio, come è avvenuto nel caso di specie, nel corso del procedimento che all'approvazione di tale legge conduce.

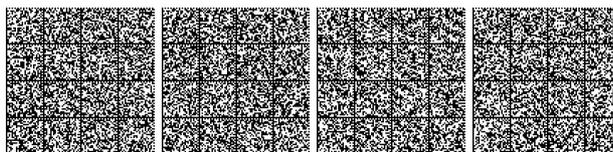
Il giudice *a quo* evidenzia, in particolare, che la legge regionale in esame è stata approvata all'esito di un procedimento nel corso del quale il *referendum* consultivo - che, appunto, consente alle «popolazioni interessate» di esprimersi sulla proposta di variazione delle circoscrizioni comunali - è stato indetto chiamando al voto i soli residenti nella frazione oggetto della proposta di distacco e quelli residenti nelle zone a questa immediatamente contigue. A suo avviso, sarebbe stato invece necessario, alla luce degli artt. 133, secondo comma, e 3 Cost., consultare tutti i residenti di entrambi i Comuni coinvolti nel procedimento di variazione circoscrizionale.

La rilevanza delle sollevate questioni, osserva il rimettente, dipende dalla ricostruzione che questa Corte avrebbe operato nella sentenza n. 2 del 2018, ove si sarebbe chiarito che il sindacato di legittimità sugli atti relativi al *referendum* consultivo, spettante al giudice amministrativo, deve essere trasferito al giudice costituzionale una volta approvata la legge di variazione circoscrizionale, poiché un eventuale vizio di quegli atti si tradurrebbe, da quel momento in poi, in un vizio del procedimento di formazione di quest'ultima. Sicché, impugnata di fronte al Consiglio di Stato la sentenza di primo grado che ha rigettato le censure sollevate nei confronti degli atti del procedimento referendario, l'esito del giudizio d'appello è condizionato dalla pronuncia che questa Corte deve rendere sulla legittimità costituzionale della legge di variazione circoscrizionale.

2.- In via preliminare, va rilevato che la motivazione dell'ordinanza di rimessione contiene ampi ed espliciti argomenti relativi all'asserita lesione dell'art. 133, secondo comma, Cost.

Eccepisce la Regione Marche che la violazione dell'art. 3 Cost., prospettata nel dispositivo dell'ordinanza, non troverebbe, invece, sufficienti supporti espressi nella motivazione dell'ordinanza stessa.

L'eccezione non è fondata.



Nell'ordinanza, in verità, un riferimento al parametro della ragionevolezza, e perciò all'art. 3 Cost., emerge in almeno due occasioni e viene sinteticamente ma consapevolmente utilizzato in funzione valutativa dei criteri utilizzati dalla delibera regionale per selezionare la popolazione interessata alla consultazione referendaria in esame. Si afferma, in particolare, che questa Corte dovrà apprezzare coerenza e proporzionalità, e perciò ragionevolezza, della scelta di derogare alla «regola generale ricavabile dalla giurisprudenza costituzionale», che consisterebbe nella «consultazione di tutti gli elettori dei comuni interessati dalla variazione circoscrizionale».

Va dunque rigettata la richiesta della Regione Marche di dichiarare la censura inammissibile per assenza di motivazione sulla non manifesta infondatezza.

3.- Sempre in via preliminare, devono essere affrontate le ulteriori e diverse eccezioni d'inammissibilità avanzate dalla Regione Marche, dal Comune di Mondolfo e dalla parte privata.

3.1.- Le tre parti del giudizio principale, secondo prospettazioni analoghe, ritengono in primo luogo che il giudice rimettente, investito dell'eccezione di legittimità costituzionale sollevata nel giudizio *a quo* dal Comune di Fano, avrebbe devoluto a questa Corte lo stesso preliminare accertamento sulla non manifesta infondatezza, senza dunque ottemperare all'obbligo di motivare sul punto.

L'eccezione non è fondata.

Pur caratterizzandosi per alcune singolarità argomentative (nonché per alcune vere e proprie inesattezze, come, ad esempio, l'affermazione che la semplice prospettazione, ad opera della parte, di un'eccezione di legittimità costituzionale comporterebbe il sorgere, in capo al giudice, del dovere di sollevare la relativa questione), l'ordinanza di rimessione, complessivamente considerata, non manca di esporre le ragioni che inducono il rimettente a dubitare che il presupposto procedimentale della consultazione delle «popolazioni interessate» previsto dall'art. 133, secondo comma, Cost., sia stato correttamente rispettato, alla luce della giurisprudenza costituzionale sul punto e delle allegazioni del Comune di Fano, che, come subito si dirà, vengono esplicitamente condivise.

3.2.- In secondo luogo, eccepiscono la Regione Marche e il Comune di Mondolfo l'inammissibilità della questione perché sostenuta da una motivazione per relationem a quanto contenuto negli atti del Comune di Fano.

Anche tale eccezione non è fondata.

Pur non mancando nell'ordinanza passaggi contenenti rinvii alle argomentazioni di una delle parti, cioè del Comune di Fano, il giudice *a quo* mostra con chiarezza di condividere e far proprie le censure sollevate da quest'ultimo. E la giurisprudenza costituzionale afferma costantemente che quando il rimettente rende espliciti, facendoli propri, i motivi della non manifesta infondatezza, l'ordinanza non può essere considerata motivata per relationem (*ex plurimis*, sentenze n. 121 del 2019, n. 88 del 2018 e n. 35 del 2017).

3.3.- Infine, la Regione Marche, il Comune di Mondolfo e la parte privata eccepiscono ulteriormente l'inammissibilità delle questioni a causa dell'asserita indeterminatezza del petitum. Non sarebbe chiaro, in particolare, se il rimettente censuri l'identificazione del gruppo di residenti da consultare quale effettuata, in concreto e nella vicenda in esame, nella delibera del Consiglio regionale delle Marche, oppure se contesti in generale la possibilità stessa di individuare, quali «popolazioni interessate», gruppi di residenti più ristretti rispetto all'intera popolazione dei Comuni coinvolti.

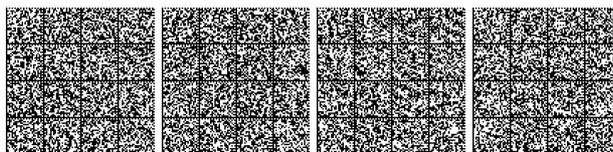
Nemmeno tale eccezione coglie nel segno.

Il giudice *a quo* ricorda, innanzitutto, che con la sentenza non definitiva del 23 agosto 2016, n. 3678 (poi annullata da questa Corte con la sentenza n. 2 del 2018), la delibera di indizione del referendum consultivo era stata ritenuta illegittima «perché non sono stati chiamati ad esprimere il voto consultivo tutti i cittadini residenti nei due comuni interessati dalla modifica circoscrizionale».

Inoltre, il rimettente - mostrando così di aderire alla tesi avanzata, sul punto, dal Comune di Fano - richiama, quale regola generale a suo dire ricavabile dalla giurisprudenza di questa Corte, quella secondo cui il concetto di «popolazioni interessate» ricomprenderebbe, in principio e salvo casi eccezionali, tutti i residenti dei Comuni coinvolti.

Infine, e in via dirimente, si chiede se sia stato corretto che a tale principio si sia derogato, come avvenuto nel corso del procedimento di formazione della legge regionale censurata.

Il petitum delle sollevate questioni di legittimità costituzionale è perciò agevolmente individuabile nella richiesta di verificare se la legge reg. Marche n. 15 del 2014 sia costituzionalmente illegittima in quanto adottata all'esito di un procedimento nel corso del quale il referendum consultivo - che consente alle «popolazioni interessate» di esprimersi sulla proposta di variazione delle circoscrizioni comunali - è stato indetto chiamando al voto i soli residenti nella frazione oggetto della proposta di distacco e quelli residenti nelle zone ad essa immediatamente contigue, anziché tutti i residenti nei Comuni coinvolti nel procedimento di variazione circoscrizionale.



4.- Le questioni non sono fondate.

Nella precedente sentenza n. 2 del 2018, la questione di legittimità costituzionale e il conflitto tra enti, da essa congiuntamente decisi, vertevano, da un lato, sul rapporto intercorrente tra il *referendum* consultivo e la legge regionale di variazione circoscrizionale e, dall'altro, sulla delimitazione degli ambiti di sindacato spettanti, rispettivamente, al giudice amministrativo e a questa Corte, in riferimento agli atti del complessivo procedimento che conduce all'approvazione di quella legge. Le presenti questioni di legittimità costituzionale, che della sentenza n. 2 del 2018 costituiscono il "naturale" seguito, riguardano invece, direttamente, il significato dell'espressione «popolazioni interessate», contenuta nell'art. 133, secondo comma, Cost., ai sensi del quale la Regione, appunto sentite tali popolazioni, può con sue leggi istituire nel proprio territorio nuovi Comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni.

Una giurisprudenza costituzionale non sempre univoca (come già riconosciuto nella sentenza n. 94 del 2000), con scelte variamente articolate in relazione ai singoli casi di specie, ha avuto modo di pronunciarsi su un concetto, quello appunto di «popolazioni interessate», caratterizzato da un certo «polimorfismo» e soggetto a interpretazioni diverse a seconda del procedimento di variazione territoriale che viene concretamente in considerazione, negli artt. 132 e 133 Cost. (sentenza n. 278 del 2011).

Proprio in ragione della varietà di forme in cui può emergere e manifestarsi l'interesse di una popolazione ad essere consultata in relazione a variazioni territoriali che la coinvolgano, è necessario precisare che, nella presente circostanza, la corretta determinazione del concetto di «popolazioni interessate» va specificamente rapportata a un caso di modifica delle circoscrizioni comunali (non già di istituzione di un nuovo Comune o di modifica della denominazione originaria). Va inoltre tenuto presente che la variazione è proposta in un ordinamento regionale che non stabilisce, in via generale e preventiva, criteri e direttive da applicare, nei casi concreti, per l'individuazione dei soggetti da chiamare alla consultazione in esame.

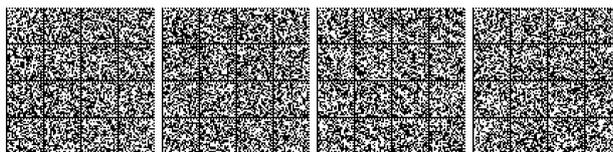
Sotto quest'ultimo profilo, infatti, l'art. 20, comma 2, della legge della Regione Marche 5 aprile 1980, n. 18 (Norme sui *referendum* previsti dallo Statuto), si limita a stabilire che «[l]a deliberazione del Consiglio regionale deve indicare il quesito e gli elettori interessati». In tal modo, la delimitazione del perimetro degli elettori interessati non è affidata, in via preventiva, a criteri legali di carattere generale, ma è direttamente rimessa, con decisione da assumere caso per caso, alla valutazione del Consiglio regionale.

5.- Va innanzitutto sottoposta ad analisi critica l'affermazione, dalla quale muove il rimettente, secondo cui l'espressione «popolazioni interessate» di cui all'art. 133, secondo comma, Cost. ricomprenderebbe, in principio e salvo eccezionali deroghe, tutti i residenti nei Comuni coinvolti dalla specifica variazione circoscrizionale.

A supporto dell'assunto in discussione non sono per vero estranei argomenti affermati da una giurisprudenza risalente di questa stessa Corte (in particolare, sentenza n. 433 del 1995), esplicitamente e direttamente riferiti all'istituzione di un nuovo Comune («popolazioni interessate sono tanto quelle che verrebbero a dar vita a un nuovo Comune, così come quelle che rimarrebbero nella parte, per così dire, "residua" del Comune di origine»), e tuttavia analogicamente ritenuti applicabili anche ai trasferimenti di popolazione da un Comune ad un altro, in conseguenza di modificazioni di circoscrizioni territoriali.

Questa asserita «regola generale», direttamente ricavabile dall'art. 133, secondo comma, Cost. - che esigerebbe, salvo deroghe eccezionali, la consultazione di tutta la popolazione del Comune o dei Comuni le cui circoscrizioni devono subire modificazioni - è tuttavia stata oggetto di una significativa correzione già nella sentenza n. 94 del 2000, maggiormente attenta ad argomenti di segno testuale e sistematico, attraverso il confronto tra l'art. 133 Cost. e quanto disposto nel precedente art. 132 Cost.

In tale sentenza, si sottolinea che l'art. 133, secondo comma, Cost., in realtà, non precisa quali siano, nelle differenti ipotesi di istituzione di nuovi Comuni o di modifica delle circoscrizioni di Comuni esistenti, le «popolazioni interessate»: ma, «essendo l'interesse che fonda l'obbligo di consultazione riferito direttamente alle popolazioni, e non agli enti territoriali (com'è del resto anche nell'art. 132, primo comma, a proposito della fusione o creazione di Regioni), si può escludere che l'ambito della consultazione debba necessariamente ed in ogni caso coincidere con la totalità della popolazione dei comuni coinvolti nella variazione. Può ben essere che la consultazione debba avere siffatta estensione, ma non in forza di un vincolo costituzionale assoluto, bensì per la sussistenza di un interesse riferibile all'intera popolazione dei comuni».



L'assunto della sentenza precedente viene quindi integrato e modificato: la consultazione dell'intera popolazione dei Comuni coinvolti non è il principio, ma è l'eventuale risultato di una valutazione degli interessi esistenti nel caso di specie. L'art. 133, secondo comma, Cost., non si riferisce, infatti, né ai Comuni quali enti esponenziali di tutti i residenti, né alla totalità dei residenti stessi nei Comuni coinvolti dalla variazione, ma, appunto, alle «popolazioni interessate», affidando, perciò, o al legislatore regionale, attraverso una legge che detti criteri generali, oppure al competente organo regionale, caso per caso, la delimitazione del perimetro delle popolazioni da consultare nel singolo procedimento di variazione.

Come mette in luce la giurisprudenza successiva, pur senza dimenticare il favor per il massimo coinvolgimento possibile delle popolazioni, in nome del principio della loro necessaria consultazione (da ultimo, sentenza n. 123 del 2019), risulta insomma maggiormente aderente al significato dell'art. 133, secondo comma, Cost., la rinuncia a una definizione predefinita e "fissa" di popolazioni interessate, necessariamente coincidente con la totalità dei residenti nei Comuni coinvolti dalla variazione. E ne rispecchia assai meglio la *ratio* l'idea che la "perimetrazione", o delimitazione, dell'ambito degli elettori da consultare vada compiuta sulla base di una valutazione, guidata o meno da criteri legali preventivi, relativa alle specifiche esigenze del caso concreto, avendo particolare attenzione agli elementi idonei a fondare ragionevolmente una valutazione di sussistenza o insussistenza di un interesse qualificato a essere consultati sulla variazione territoriale (sentenza n. 47 del 2003).

Tutto ciò, sul presupposto che il concetto di «popolazioni interessate» evoca un dato variabile, che può prescindere dal diretto coinvolgimento nella modifica, ricomprendendo anche gruppi di residenti interessati ad essa in via mediata e indiretta (sentenze n. 278 del 2011 e n. 334 del 2004).

5.1.- Non sfugge a questa Corte, quanto alla complessiva conformità costituzionale della "perimetrazione" ora in esame, la differenza che può sussistere tra il caso in cui i criteri per la identificazione delle «popolazioni interessate» siano contenuti in legge, da quello in cui tale delimitazione risulti, caso per caso, dalla delibera dell'organo regionale competente.

Nel primo caso, la valutazione dell'organo regionale risulta ex ante contenuta e delimitata, secondo criteri che al giudice amministrativo consentono un immediato e più agevole sindacato e che, peraltro, non si sottraggono affatto al controllo di questa Corte (proprio in quanto rigidamente prefissati a priori e non adatti alle circostanze del caso di specie, criteri del genere sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi: sentenza n. 94 del 2000). Nel secondo, invece, può più chiaramente profilarsi il rischio, paventato nei propri atti dal Comune di Fano, che, attraverso un'artata perimetrazione dell'ambito delle popolazioni chiamate a esprimersi, il risultato del *referendum* venga significativamente orientato in partenza, secondo tecniche manipolatorie dei collegi elettorali che potrebbero addirittura richiamare l'esperienza statunitense del cosiddetto gerrymandering.

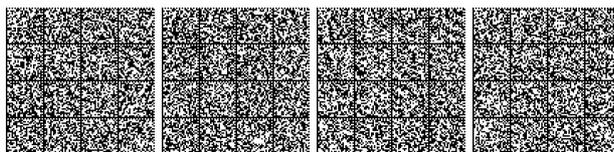
L'assenza di preventivi criteri legali dovrebbe così condurre, questa sembra essere la tesi del Comune di Fano, a confermare per altra via l'assunto di partenza dal quale muove lo stesso giudice rimettente: per evitare abusi, parrebbe necessario (proprio in quanto quei criteri difettino) interpretare l'espressione «popolazioni interessate» di cui all'art. 133, secondo comma, Cost. come equivalente all'intera popolazione dei Comuni coinvolti nella variazione circoscrizionale.

Un tale assunto non può essere condiviso.

Ferma restando la differente situazione in cui si versa, a seconda che l'ordinamento regionale precostituisca in legge i criteri per l'identificazione delle popolazioni da consultare, oppure affidi tale identificazione a decisioni caso per caso, siffatta differenza non ha decisive conseguenze sulla corretta interpretazione del concetto di «popolazioni interessate» di cui all'art. 133, secondo comma, Cost. La identificazione di tali popolazioni, infatti, resta pur sempre affidata alla valutazione discrezionale dell'organo regionale competente, più o meno ampia a seconda dei casi, e sempre soggetta a verifica del giudice amministrativo o di questa Corte.

6.- Venendo all'esame del caso di specie, e all'applicazione ad esso dei principi fin qui enucleati, non può non rilevarsi, preliminarmente, e proprio alla luce delle considerazioni che immediatamente precedono, come il distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e la sua incorporazione nel Comune di Mondolfo, disposta dalla legge reg. Marche n. 15 del 2014, siano stati preceduti da vicende che riflettono le stesse incertezze giurisprudenziali, prima riportate, nella identificazione delle «popolazioni interessate» da consultare nelle variazioni circoscrizionali.

È necessario ricordare che, prima dell'entrata in vigore della legge reg. Marche n. 15 del 2014, la maggior parte del territorio dell'abitato di Marotta apparteneva al comune di Mondolfo, mentre una parte minoritaria di territorio e abitanti della stessa frazione (circa 2.700 persone, collocate su un territorio di circa 1,5 chilometri quadrati) erano invece amministrati dal Comune di Fano.



Fano e Mondolfo, per parte loro, sono Comuni diseguali per ampiezza territoriale e, soprattutto, per numero di residenti (63.000 circa a Fano, 12.000 circa a Mondolfo).

Caratterizzano l'intera vicenda all'origine della presente questione di legittimità costituzionale risalenti e ricorrenti spinte alla "unificazione" della frazione, volte a ottenere, come infine disposto dalla legge in vigore, l'incorporazione dell'intero abitato di Marotta nel Comune di Mondolfo. Tali spinte risultano costantemente contrastate da tenaci opposizioni del comune di Fano, che non ha mai inteso accettare questo esito.

Un primo *referendum* consultivo, nel 1981, viene indetto (nell'ambito del procedimento di formazione della relativa legge di variazione circoscrizionale) chiamando al voto la totalità delle popolazioni di entrambi i Comuni, Fano e Mondolfo, secondo l'interpretazione allora data alla nozione di «popolazioni interessate» di cui all'art. 133, secondo comma, Cost.

Tale *referendum* fornisce esito nettamente negativo; ciò che non stupisce, stante il divario quantitativo di aventi diritto al voto residenti, rispettivamente, nei due Comuni.

Nel 2013, nell'ambito di un ulteriore procedimento di formazione di una legge regionale di variazione circoscrizionale, è indetto un nuovo *referendum* (deliberazione del Consiglio regionale della Regione Marche 15 gennaio 2013, n. 61), ma questa volta sono chiamati a votare i soli residenti della frazione di Marotta di Fano, secondo un'interpretazione dell'art. 133, secondo comma, Cost., del tutto opposta rispetto a quella del 1981.

Sospesa dal giudice amministrativo l'esecuzione degli atti del procedimento referendario su ricorso del Comune di Fano, il Consiglio regionale - con la deliberazione del 22 ottobre 2013, n. 87 - provvede a revocare l'originaria delibera d'indizione e poi a rinnovarla, estendendo la consultazione anche alle popolazioni che risiedono nelle zone immediatamente contigue al territorio di Marotta: secondo una lettura intermedia, se così può dirsi, dell'art. 133, secondo comma, Cost.

Questa volta l'istanza cautelare presentata dal Comune di Fano viene respinta dal giudice amministrativo e il *referendum* si svolge il 9 marzo 2014: rispetto a quello del 1981 l'esito è opposto, vedendo esprimersi a favore del distacco il 67,3 per cento dei votanti.

In base all'esito del *referendum*, il Consiglio regionale approva infine la legge reg. Marche n. 15 del 2014, sancendo così il distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e la sua incorporazione nel Comune di Mondolfo.

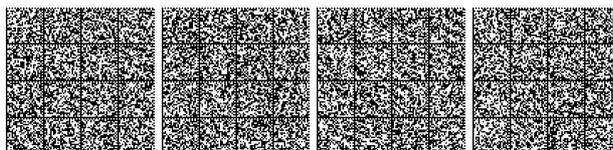
Le vicende sinteticamente illustrate devono essere esaminate alla luce degli approdi della giurisprudenza costituzionale, quali descritti *supra* (punto 5).

6.1.- Senza trascurare il necessario favor per il massimo coinvolgimento possibile di tutte le popolazioni, si tratta perciò di verificare se la delimitazione dell'ambito dei soggetti da consultare sia stata compiuta sulla base di una valutazione aderente alle specifiche esigenze del caso concreto, avendo particolare attenzione alla identificazione di elementi idonei a fondare ragionevolmente una valutazione di sussistenza o insussistenza dell'interesse qualificato alla variazione territoriale, tenendo in conto che il concetto di «popolazioni interessate» evoca un dato variabile, che può ben prescindere dal diretto coinvolgimento nella variazione stessa, ricomprendendo gruppi di residenti interessati ad essa anche solo in via mediata e indiretta.

Ebbene, alla stregua di un tale criterio, la non adeguatezza di un'interpretazione che imponga il coinvolgimento dell'intera popolazione dei due Comuni deriva da una concomitante serie di elementi. In primo luogo, dalla diseguale ampiezza dei due Comuni coinvolti, Fano e Mondolfo, e dal ben diverso numero di aventi diritto al voto in essi rispettivamente residenti; inoltre, dalla limitata estensione del territorio e della popolazione interessati direttamente dalla proposta di variazione (sentenza n. 433 del 1995); ancora, dalla particolare conformazione della frazione da trasferire, tutta costiera, molto più lontana dal centro di Fano che da quello di Mondolfo, e, per così dire, geograficamente collocata in modo evidente nella direzione di quest'ultimo Comune.

Non estranea a questa valutazione è anche la necessità di considerare non immeritevole di protezione, alla luce della stessa *ratio* dell'art. 133, secondo comma, Cost., la peculiarità della situazione della "comunità" di Marotta - sulla quale insiste, con dovizia di notizie storiche e culturali, la parte privata - che induce ad attribuire a tale comunità una certa "peculiarità distintiva", ovvero a reputarla «fatto sociologicamente distinto» (sentenza n. 433 del 1995), anche alla luce della lunga controversia affrontata in nome della "riunificazione" con Mondolfo.

D'altro canto, non conforme rispetto al testo e alla *ratio* dell'art. 133, secondo comma, Cost., sarebbe risultata l'interpretazione opposta - pur adottata dal Consiglio regionale con la citata delibera n. 61 del 2013, ma poi modificata a seguito del giudizio amministrativo - volta a dar voce ai soli residenti della frazione da trasferire, secondo una lettura a sua volta non assente (ciò va rilevato, a giustificazione delle incertezze che contraddistinguono simili vicende) nella più risalente giurisprudenza di questa Corte (sentenza n. 453 del 1989, che in un caso di modifica circoscrizionale aveva riferito il concetto di popolazione interessata «agli elettori [...] residenti nei territori da trasferire e non già [...] all'intera



popolazione residente nei due Comuni, cui non può riconoscersi un interesse qualificato per intervenire in procedimenti di variazione che riguardano parti del territorio rispetto al quale essa non abbia alcun diretto collegamento»).

Rispetto alle due più radicali e contrapposte visioni, l'interpretazione accolta da ultimo dal Consiglio regionale, che chiama al voto alcune parti delle popolazioni residenti nei due Comuni coinvolti - selezionandole fra quelle contigue all'abitato oggetto della proposta di trasferimento, sulla base di una valutazione riferita alla presenza di alcune infrastrutture d'interesse comune per la relativa popolazione - risulta non incompatibile rispetto alla lettura qui accolta delle disposizioni costituzionali invocate a parametro.

In particolare, la già citata deliberazione del Consiglio regionale della Regione Marche n. 87 del 2013 illustra con sufficiente analiticità i criteri che hanno condotto a questa individuazione delle «popolazioni interessate». I residenti in queste zone, si afferma, a differenza di tutti gli altri residenti nei Comuni di Fano e Mondolfo, sono quelli più facilmente orientati a utilizzare alcune infrastrutture situate nell'abitato oggetto di variazione territoriale (una farmacia e un istituto scolastico); condividono con gli abitanti di Mondolfo, in considerazione della prossimità territoriale, servizi già esistenti sul territorio; hanno un diretto interesse a una amministrazione omogenea della zona costiera, in vista di una uniforme gestione dei servizi di accoglienza, balneari e turistici, necessari allo sviluppo dell'area in cui risiedono.

Da ultimo, non può essere validamente utilizzato, in senso contrario alla scelta posta a base della consultazione in parola, l'argomento fiscale, in ipotesi invocabile da tutti i residenti del Comune di Fano. Sostiene, in particolare, la difesa di tale Comune che questi ultimi dovrebbero sopportare le conseguenze determinate dalla diminuzione delle entrate tributarie del Comune, derivante dal distacco della frazione di Marotta, con conseguente prevedibile aggravio della pressione tributaria a loro diretto carico, risultando perciò evidente il loro interesse a essere consultati.

L'argomento prova troppo. Ogni variazione territoriale produce un numero indeterminato di conseguenze, e queste non possono non estendersi allo stesso ambito tributario, eventualmente riguardando anche il bilancio dell'ente comunale che la variazione subisce. Peraltro, proprio con riferimento al bilancio, le conseguenze non sono necessariamente univoche, poiché la variazione ben può tradursi anche in un risparmio di spesa, connesso all'eventuale diminuzione dei residenti o dei servizi da erogare loro.

Del resto, a ragionare diversamente, i soggetti da coinvolgere nelle consultazioni in questione sarebbero, sempre e necessariamente, tutti i residenti nei Comuni coinvolti, cessando in principio ogni necessità di individuare specificamente le «popolazioni interessate», come invece richiede l'art. 133, secondo comma, Cost.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale della legge della Regione Marche 23 giugno 2014, n. 15 (Distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e incorporazione nel Comune di Mondolfo. Mutamento delle rispettive circoscrizioni comunali), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 133, secondo comma, della Costituzione, dal Consiglio di Stato, sezione quinta, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 2 luglio 2019.

F.to:

Giorgio LATTANZI, *Presidente*

Nicolò ZANON, *Redattore*

Roberto MILANA, *Cancelliere*

Depositata in Cancelleria il 25 settembre 2019.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA



N. 215

Sentenza 15 luglio - 27 settembre 2019

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Caccia - Norme della Provincia autonoma di Trento - Deroghe al divieto di abbattimento delle specie protette dell'orso e del lupo - Attribuzione al Presidente della Provincia autonoma del potere di autorizzarle - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nonché degli obblighi europei e internazionali, avocazione di funzioni amministrative al di fuori del procedimento statutariamente previsto - Non fondatezza della questione.

Caccia - Norme della Provincia autonoma di Bolzano - Deroghe al divieto di abbattimento delle specie protette dell'orso e del lupo - Attribuzione del potere di autorizzarle al Presidente della Provincia autonoma - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nonché degli obblighi europei e internazionali, superamento dei limiti posti dallo statuto alle competenze legislative primarie provinciali, avocazione di funzioni amministrative in contrasto con i principi di sussidiarietà e adeguatezza e al di fuori del procedimento statutariamente previsto - Non fondatezza della questione.

- Legge della Provincia autonoma di Trento 11 luglio 2018, n. 9, art. 1; legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 luglio 2018, n. 11, art. 1.
- Costituzione, artt. 117, primo e secondo comma, lettera *s*), e 118, primo e secondo comma; statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670), artt. 4, 8 e 107.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Giorgio LATTANZI;

Giudici : Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI,

ha pronunciato la seguente

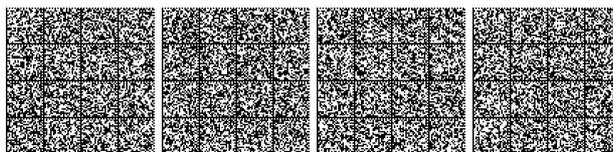
SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Trento 11 luglio 2018, n. 9 (Attuazione dell'articolo 16 della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche: tutela del sistema apicolturale) e dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 luglio 2018, n. 11 (Misure di prevenzione e di intervento concernenti i grandi carnivori. Attuazione dell'articolo 16 della direttiva 92/43/CEE), promossi dal Presidente del Consiglio dei ministri, con ricorsi notificati il 7-12 e il 14-19 settembre 2018, depositati in cancelleria rispettivamente il 14 e il 24 settembre 2018, iscritti ai numeri 60 e 65 del registro ricorsi 2018 e pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica numeri 41 e 44, prima serie speciale, dell'anno 2018.

Visti gli atti di costituzione della Provincia autonoma di Trento e della Provincia autonoma di Bolzano;

udito nella udienza pubblica del 21 maggio 2019 il Giudice relatore Giulio Prosperetti;

uditi l'avvocato dello Stato Marco Corsini per il Presidente del Consiglio dei ministri e gli avvocati Giandomenico Falcon per la Provincia autonoma di Trento e Renate von Guggenberg per la Provincia autonoma di Bolzano.



Ritenuto in fatto

1.- Con due distinti ricorsi, depositati il 14 e il 24 settembre 2018, iscritti al registro ricorsi n. 60 e n. 65 del 2018, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha promosso questioni di legittimità costituzionale, rispettivamente, dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Trento 11 luglio 2018, n. 9 (Attuazione dell'articolo 16 della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche: tutela del sistema alpicolturale), in riferimento agli artt. 117, primo e secondo comma, lettera *s*), e 118, secondo comma, della Costituzione, nonché all'art. 107 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), e dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 luglio 2018, n. 11 (Misure di prevenzione e di intervento concernenti i grandi carnivori. Attuazione dell'articolo 16 della direttiva 92/43/CEE), in riferimento all'art. 117, primo e secondo comma, lettera *s*), Cost., in relazione all'art. 11 del d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357 (Regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche), all'art. 118, primo e secondo comma, Cost., e agli artt. 4, 8 e 107 dello statuto speciale della Regione autonoma Trentino-Alto Adige.

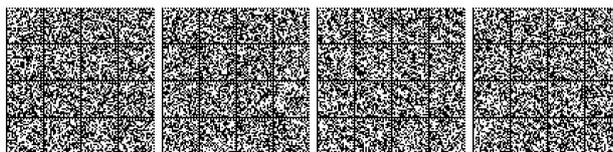
2.- Le norme impugnate attribuiscono ai Presidenti delle Province autonome di Trento e di Bolzano la competenza ad autorizzare il prelievo, la cattura e l'uccisione dell'orso e del lupo, specie protette dalla normativa nazionale e sovranazionale, purché ciò avvenga a specifiche condizioni ovvero al dichiarato fine di dare attuazione alla normativa comunitaria in materia di conservazione degli habitat naturali e seminaturali e per proteggere la fauna e la flora selvatiche caratteristiche dell'alpicoltura e conservare i relativi habitat naturali, prevenire danni gravi, specificatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico, alle acque ed alla proprietà, nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, o tali da comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente. In tali casi, i Presidenti delle Province autonome di Trento e di Bolzano possono autorizzare la cattura e l'uccisione degli esemplari delle specie protette (*ursus arctos* e *canis lupus*), previo parere dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e sempre che non sussistano altre soluzioni valide e non venga messa a rischio la conservazione della specie.

3.- Secondo la difesa dello Stato, che pone a fondamento dei due ricorsi le medesime argomentazioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, nel rivendicare la competenza ad autorizzare la deroga al divieto di uccisione delle specie protette dell'orso e del lupo, avrebbero ecceduto le rispettive competenze legislative statutarie e avrebbero invaso la sfera di competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema», nell'esercizio della quale il legislatore nazionale ha attribuito il potere di deroga al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio (ora Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare); tale invasione avrebbe comportato un abbassamento del livello di tutela ambientale, in violazione degli obblighi internazionali e di quelli derivanti dall'ordinamento comunitario, e l'avocazione illegittima di funzioni amministrative in contrasto con il principio di sussidiarietà e con quello di adeguatezza di cui all'art. 118 Cost., e senza il rispetto del procedimento delineato dall'art. 107 dello statuto speciale della Regione autonoma Trentino-Alto Adige.

4.- In particolare, il Presidente del Consiglio dei ministri deduce che le specie animali dell'orso e del lupo sono particolarmente tutelate sia in ambito internazionale che nazionale; la Convenzione relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa, adottata a Berna il 19 settembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 5 agosto 1981, n. 503, include tali specie tra quelle «rigorosamente protette»; la direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche (cosiddetta «direttiva habitat»), le colloca tra quelle di interesse comunitario per cui è prevista una protezione rigorosa; la legge 11 febbraio 1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio), all'art. 2, comma 1, le include tra le specie «particolarmente protette», in quanto appartenenti alla fauna selvatica vivente stabilmente o temporaneamente in stato di naturale libertà nel territorio nazionale.

La direttiva 92/43/CEE, pur vietando la cattura e l'uccisione dell'orso e del lupo, prevede che gli Stati membri possano, a determinate condizioni, autorizzare deroghe in assenza di altre soluzioni valide e il legislatore nazionale ha dato attuazione a tale direttiva con il d.P.R. n. 357 del 1997.

L'art. 11 del succitato decreto ha attribuito il potere di deroga al divieto di abbattimento al ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, in coerenza con l'art. 1 della legge n. 157 del 1992, che include la fauna selvatica nel patrimonio indisponibile dello Stato, nonché a rafforzamento della tutela apprestata dall'art. 19 della stessa legge n. 157 del 1992.



Sebbene quest'ultima previsione demandi alle Regioni il controllo della fauna selvatica, a parere della difesa dello Stato la natura rigorosa della protezione, a cui le suddette specie sono sottoposte, implica che il potere di deroga debba essere attribuito solo al Ministro competente per materia, al fine di garantire una tutela uniforme su tutto il territorio nazionale.

Viceversa, la dimensione locale degli interessi perseguiti dai Presidenti delle Province autonome di Trento e di Bolzano determinerebbe un abbassamento della tutela ambientale, con violazione dell'art. 117, primo e secondo comma, lettera s), Cost., né la legittimità delle norme impugnate potrebbe essere fatta derivare dalle competenze statutarie in materia di «caccia» e «agricoltura, foreste e Corpo forestale, patrimonio zootecnico [...]», di cui all'art. 8, comma 1, numero 15), e numero 21) dello statuto speciale, poiché esse vanno esercitate nel rispetto delle norme di grande riforma economico-sociale, tra le quali rientrerebbe il d.P.R. n. 157 del 1997, attributivo della competenza ministeriale.

5.- Infine, l'Avvocatura generale dello Stato esclude che le norme impugnate possano determinare quell'ampliamento delle funzioni amministrative in capo alle due Province autonome che solo lo speciale procedimento di cui all'art. 107 dello statuto di autonomia può consentire.

Peraltro, secondo la difesa statale, tale ampliamento di competenze amministrative contrasterebbe con i principi di sussidiarietà e di adeguatezza di cui all'art. 118 Cost., poiché le caratteristiche ecologiche dei due carnivori che si muovono su aree amplissime imporrebbero una pianificazione del controllo di tali specie su scala ultra-provinciale, in modo da interessare l'intero contesto alpino.

6.- Con distinti atti, depositati entrambi in data 22 ottobre 2018, si sono costituite le due Province autonome di Trento e di Bolzano.

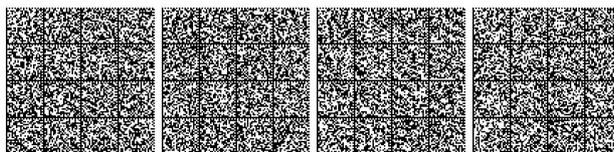
7.- La Provincia autonoma di Trento ha premesso di aver dato attuazione all'art. 16 della direttiva 92/43/CEE sulla conservazione degli habitat, riproducendone integralmente il testo.

In linea generale, la difesa della Provincia autonoma di Trento osserva che: 1) la problematica posta alla base del ricorso statale riguarderebbe solo il riparto interno delle competenze, non disciplinato dalla "direttiva habitat", ovvero l'individuazione dell'organo deputato al rilascio delle autorizzazioni in deroga al prelievo dell'orso e del lupo; 2) il ricorso dello Stato avrebbe omesso di esaminare le norme di attuazione dello statuto speciale del Trentino-Alto Adige e, segnatamente, l'art. 1 del d.P.R. 22 marzo 1974, n. 279 (Norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino-Alto Adige in materia di minime proprietà colturali, caccia e pesca, agricoltura e foreste), secondo cui spettano alle Province autonome le attribuzioni dell'amministrazione dello Stato in materia di caccia, pesca, alpicoltura e parchi per la protezione della flora e della fauna, agricoltura, foreste, Corpo forestale, patrimonio zootecnico e ittico; 3) le affermazioni contenute nel ricorso sarebbero contraddittorie poiché, da un lato, è affermato che la legge impugnata ha abbassato il livello di tutela ambientale previsto dal legislatore nazionale e, dall'altro, che sussiste l'illegittimità della norma censurata, sebbene essa contenga previsioni analoghe a quelle poste dalla disciplina statale.

8.- In riferimento alle singole censure, la Provincia autonoma di Trento deduce l'inammissibilità di quella riferita all'art. 117, primo comma, Cost. per difetto di motivazione, mancando nel ricorso l'indicazione degli atti normativi europei o internazionali che si assumono violati, e la sua non fondatezza, essendo le norme sovranazionali del tutto indifferenti al riparto interno delle competenze e all'attribuzione della competenza ad autorizzare i prelievi in deroga al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

9.- Quanto all'avocazione di funzioni statali in violazione dell'art. 107 dello statuto speciale della Regione autonoma Trentino-Alto Adige, la Provincia autonoma di Trento sottolinea che l'art. 1, primo comma, del d.P.R. n. 279 del 1974 attribuisce alla stessa Provincia autonoma le funzioni amministrative in materia di tutela della fauna e del patrimonio zootecnico e che la legge provinciale impugnata avrebbe dato esecuzione a tale disposizione, con conseguente cedevolezza del d.P.R. n. 357 del 1997, avente natura suppletiva poiché adottato per dare immediata attuazione alla direttiva comunitaria, nelle more dell'adozione dei provvedimenti di competenza della Provincia autonoma.

10.- In ogni caso, l'attribuzione del potere di deroga ai divieti di abbattimento in capo ai Presidenti delle Province autonome di Trento e di Bolzano, secondo la resistente, troverebbe fondamento nelle competenze statutarie primarie in materia di alpicoltura, parchi per la protezione della flora e della fauna, agricoltura, foreste, patrimonio zootecnico e caccia, e nella stessa legge statale, ovvero nell'art. 19 della legge n. 157 del 1992, che attribuisce alle Regioni la funzione di controllo delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla caccia, senza che possa configurarsi alcun abbassamento del livello di tutela ambientale, assicurato sia dalla conformità delle prescrizioni provinciali alle norme sovranazionali e nazionali, che dalla necessità, per il Presidente della Provincia, di acquisire il parere obbligatorio dell'ISPRA per esercitare la deroga.



D'altronde, la potestà legislativa statutaria non potrebbe essere ristretta da una previsione regolamentare, quale l'art. 11 del d.P.R. n. 357 del 1997, poiché la fonte secondaria non sarebbe riconducibile alle norme di grande riforma economico-sociale, al cui rispetto la Provincia autonoma si deve attenere in base allo statuto speciale.

11.- Infine, il carattere cedevole del d.P.R. n. 357 del 1997 e il trasferimento alla Provincia autonoma delle funzioni amministrative nelle materie in cui ha competenza legislativa escluderebbero il contrasto con i principi di sussidiarietà e di adeguatezza, determinando la inconferenza del parametro di cui all'art. 118 Cost., tanto più che la valutazione degli interessi nazionali sarebbe assicurata dal parere obbligatorio dell'ISPRA, mentre gli interessi che giustificano la deroga sarebbero meglio apprezzabili a livello periferico, come dimostrerebbero esperienze straniere, quali quelle della Germania e dell'Austria, ove la competenza ad autorizzare i prelievi in deroga di cui alla "direttiva habitat" è affidata ai Länder, o della Svizzera, che prevede una competenza cantonale per le analoghe deroghe previste dalla Convenzione di Berna.

12.- Con memoria del 30 aprile 2019 la Provincia autonoma di Trento svolge ulteriori considerazioni, ribadendo l'inammissibilità della censura riferita all'art. 117, primo comma, Cost., per mancata indicazione delle norme internazionali ed europee interposte, e la sua infondatezza nel merito, poiché l'allocazione della funzione a livello provinciale non contrasterebbe con alcuna norma sovranazionale, tanto che la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea, in tema di designazione dei siti di importanza comunitaria, avrebbe chiarito che la "direttiva habitat" è indifferente alla ripartizione delle competenze nell'ordinamento interno.

Inoltre la resistente ricorda ancora come in tutti i Paesi federali dell'arco alpino, in Belgio e nel Regno Unito il potere di deroga sia esercitato a livello decentrato, così da far ritenere che non sussistano ragioni oggettive che ne impongano la centralizzazione e ricorda che, seppure l'orso e il lupo si spostano su spazi estesi, il fenomeno che li interessa ha, comunque, dimensione locale.

Nel passato, per far fronte ai pericoli derivanti dalla presenza dei due carnivori, il Presidente della Provincia autonoma ha fatto ricorso ai poteri statuari in materia di sicurezza nell'interesse delle popolazioni, adottando ordinanze contingibili e urgenti, giudicate legittime dalla giurisprudenza amministrativa, ma determinanti una riduzione del livello di tutela del bene giuridico sacrificato.

Pertanto, l'attribuzione di un potere tipico, ad opera del legislatore provinciale, oltre ad essere legittimo sul piano della fonte, esercitando la Provincia autonoma proprie competenze amministrative e statuarie, avrebbe determinato un innalzamento effettivo del livello di tutela delle specie protette rispetto a quanto finora avvenuto.

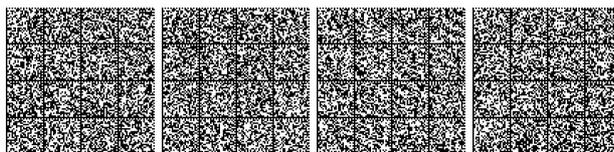
Infine, la resistente ricorda come la sopravvivenza dell'orso sulle Alpi italiane sia stata garantita proprio nella Provincia autonoma di Trento, che ha istituito il Parco naturale Adamello Brenta e ha promosso e finanziato, insieme con l'ISPRA, l'iniziativa di ripopolamento tramite orsi sloveni, che ha permesso la conservazione dell'orso bruno.

13.- La Provincia autonoma di Bolzano, nel costituirsi in giudizio, premette che l'alpeggio rientra nelle tradizioni rurali secolari dell'Alto Adige; che la Provincia autonoma di Bolzano adotta da anni una politica di prevenzione per garantire il mantenimento degli habitat naturali e seminaturali, ovvero originati dall'uso antropico del territorio, in uno stato di conservazione soddisfacente; che negli ultimi anni l'attività alpestre è stata messa in pericolo dalla proliferazione dell'orso e del lupo; che il fenomeno, con riferimento all'orso, è stato gestito con la partecipazione ad un piano d'azione interregionale per la conservazione dell'orso bruno sulle Alpi centro-orientali, avente lo scopo di mantenere una popolazione vitale di questo carnivoro in coesistenza con l'uomo, mediante specifiche azioni di controllo; che per il lupo non esiste ancora alcun piano d'azione, nonostante la particolare criticità della sua presenza per la tutela degli allevamenti.

14.- Nel merito la Provincia autonoma di Bolzano, analogamente a quanto affermato dalla difesa della Provincia autonoma di Trento, riconduce la norma impugnata alle potestà statuarie provinciali in materia di «agricoltura, foreste e patrimonio zootecnico», «caccia», «alpicoltura», alle competenze in materia di minime proprietà colturali, caccia e pesca, agricoltura e foreste derivanti dal d.P.R. n. 279 del 1974 e al potere di dare attuazione alle direttive comunitarie nelle materie di competenza concorrente, previsto dall'art. 117, quinto comma, Cost.

Con specifico riferimento alla direttiva 92/43/CEE, inoltre, sarebbe lo stesso d.P.R. n. 357 del 1997, che vi ha dato attuazione e che, però, ha natura regolamentare, a prevedere, all'art. 4, comma 1, che siano le stesse Regioni ad autonomia speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano a dare attuazione agli obiettivi del regolamento e, quindi, della direttiva comunitaria, nel rispetto degli statuti di autonomie e delle norme di attuazione.

La legge provinciale di Bolzano oggetto di censura avrebbe provveduto all'attuazione della direttiva 92/43/CEE innalzando lo standard di tutela ambientale, poiché, mentre il regolamento statale prevede che il Ministro dell'ambiente possa derogare al divieto di abbattimento delle specie protette "sentito" l'ISPRA, la legge provinciale impone che al medesimo ISPRA sia richiesto uno specifico parere.



15.- Con successiva memoria del 9 aprile 2019, l'Avvocatura generale dello Stato ha replicato all'atto di costituzione della Provincia autonoma di Bolzano precisando che il ricorso non è stato prospettato in violazione di norme regolamentari, bensì in violazione degli artt. 8 e 107 dello statuto di autonomia e degli artt. 117, secondo comma, lettera *s*), e 118 Cost.; la disciplina prevista dalla legge provinciale rientrerebbe nella materia ambientale, interseccherebbe solo marginalmente le materie di competenza provinciale e non realizzerebbe alcuna forma di maggior tutela ambientale, attribuendo, invece, alla Provincia autonoma di Bolzano una competenza che è riservata al Ministro dell'ambiente in considerazione dell'appartenenza della fauna al patrimonio indisponibile dello Stato.

L'abbassamento del livello di tutela delle specie protette sarebbe confermato dal decentramento amministrativo, che amplierebbe la possibilità di adozione di provvedimenti pregiudizievoli alla conservazione delle specie, e dalle dichiarazioni della resistente sull'esigenza di assicurare maggior tutela agli insediamenti antropici.

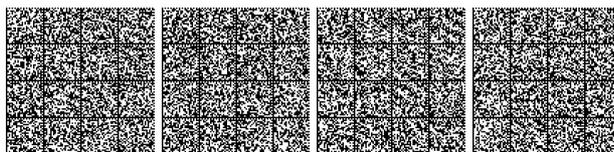
La difesa dello Stato ribadisce, inoltre, che il decentramento amministrativo delle competenze imporrebbe il rispetto dell'art. 107 dello statuto di autonomia; che la prevalenza degli interessi locali su quelli generali di conservazione delle specie, determinando un abbassamento del livello di tutela delle specie protette, si porrebbe in contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario; che la tutela dei grandi carnivori richiederebbe una pianificazione su scala ultra provinciale.

16.- Con successiva memoria del 30 aprile 2019, la Provincia autonoma di Bolzano ribadisce che il d.P.R. n. 357 del 1997 non può costituire un limite alla legislazione provinciale, né costituire un rafforzamento delle previsioni dell'art. 19 della legge n. 157 del 1992, poiché le norme di attuazione dello statuto in materia di minime proprietà culturali, caccia e pesca, agricoltura e foreste, di cui al d.P.R. n. 279 del 1974, riconducono alle due Province autonome lo standard di protezione della fauna, mediante definizione del calendario venatorio e delle specie cacciabili, nel rispetto dei livelli di protezione risultanti dalle convenzioni internazionali e dalle norme comunitarie.

Inoltre, la Provincia autonoma ribadisce: *a*) che la norma impugnata persegue le stesse finalità dell'art. 11 del d.P.R. n. 357 del 1997 e ne ha contenuto identico; *b*) che ha esercitato competenze legislative statutarie, nel rispetto e, anzi, dando diretta attuazione alla direttiva 92/43/CEE, che consente a determinate condizioni, tutte rispettate dalla normativa provinciale in discussione, di autorizzare le deroghe al divieto di abbattimento delle specie protette; *c*) che non ha abbassato il livello di tutela ambientale prescritto dal legislatore nazionale, poiché le misure di abbattimento possono essere attuate solo previo parere positivo dell'ISPRA, al pari di quanto previsto dalla legislazione statale e, quindi, a salvaguardia di interessi generali, senza violazione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza di cui all'art. 118 Cost.; *d*) che in Alto Adige è necessario mantenere un giusto equilibrio tra la presenza umana in ambito montano e quella degli animali selvatici, mentre la diffusione di esemplari di orso e soprattutto di lupo starebbe scoraggiando l'attività di allevamento e il trasferimento degli animali in alpeggio, con conseguenze sulla qualità paesaggistica del territorio, sull'economia montana e sulla presenza antropica in montagna; *e*) che il mantenimento del livello di tutela ambientale da parte della norma impugnata sarebbe confermato dal fatto che essa, a differenza del d.P.R. n. 357 del 1997, consente le deroghe al divieto di abbattimento per due sole specie protette, l'orso e il lupo.

Considerato in diritto

1.- Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, con due distinti ricorsi, ha promosso questioni di legittimità costituzionale, rispettivamente, dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Trento 11 luglio 2018, n. 9 (Attuazione dell'articolo 16 della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche: tutela del sistema alpicolturale), in riferimento agli artt. 117, primo e secondo comma, lettera *s*), e 118, secondo comma, della Costituzione, nonché all'art. 107 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), e dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 luglio 2018, n. 11 (Misure di prevenzione e di intervento concernenti i grandi carnivori. Attuazione dell'articolo 16 della direttiva 92/43/CEE), in riferimento all'art. 117, primo e secondo comma, lettera *s*), Cost., in relazione all'art. 11 del d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357 (Regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche), all'art. 118, primo e secondo comma, Cost., e agli artt. 4, 8 e 107 dello statuto speciale della Regione autonoma Trentino-Alto Adige.



Secondo la difesa dello Stato, le norme impugnate che, al fine di dare attuazione alla normativa dell'Unione in materia di conservazione degli habitat naturali e seminaturali, attribuiscono ai Presidenti delle Province autonome di Trento e di Bolzano il potere di autorizzare la cattura e l'uccisione dell'orso (specie *ursus arctos*) e del lupo (specie *canis lupus*), eccedono le competenze legislative statutarie, poiché il potere discrezionale di introdurre deroghe al divieto di abbattimento delle specie protette attiene all'esercizio della competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e il legislatore nazionale lo ha attribuito al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

Inoltre, il decentramento di tale potere di deroga in capo ai Presidenti delle due Province autonome determinerebbe un abbassamento del livello di tutela ambientale in violazione degli obblighi internazionali e di quelli derivanti dall'ordinamento comunitario e comporterebbe un trasferimento di funzioni amministrative in contrasto con i principi di sussidiarietà e di adeguatezza di cui all'art. 118 Cost. e con l'art. 107 dello statuto di autonomia, poiché attuato senza il rispetto del procedimento in esso delineato.

Infine, anche ritenendo che le Province autonome abbiano esercitato competenze statutarie proprie, esse si sarebbero dovute attenere al rispetto dell'art. 11 del d.P.R. n. 357 del 1997, trattandosi di norma fondamentale di riforma economico-sociale, e mantenere il potere di deroga al divieto di abbattimento delle specie protette in capo al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

2.- In via preliminare, va disposta la riunione dei due giudizi stante la loro evidente connessione.

3.- Nel merito i ricorsi non sono fondati.

4.- Ai fini della tutela della fauna selvatica viene, in primo luogo, in rilievo la direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, cosiddetta "direttiva habitat", che all'art. 12 prevede che «[g]li Stati membri adottano i provvedimenti necessari atti ad istituire un regime di rigorosa tutela delle specie animali di cui all'allegato IV, lettera a), nella loro area di ripartizione naturale, con il divieto di: a) qualsiasi forma di cattura o uccisione deliberata di esemplari di tali specie nell'ambiente naturale; [...]».

Nell'allegato IV, lettera a), sono inclusi, tra gli altri, i seguenti carnivori: *canidae*, *alopex lagopus*, *canis lupus* (tranne specifiche eccezioni), *ursidae*, *ursus arctos*.

La stessa direttiva all'art. 16 prevede che: «[a] condizione che non esista un'altra soluzione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale, gli Stati membri possono derogare alle disposizioni previste dagli articoli 12, 13, 14 e 15, lettere a) e b): a) per proteggere la fauna e la flora selvatiche e conservare gli habitat naturali; b) per prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e alle acque e ad altre forme di proprietà; c) nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, e motivi tali da comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente; [...]».

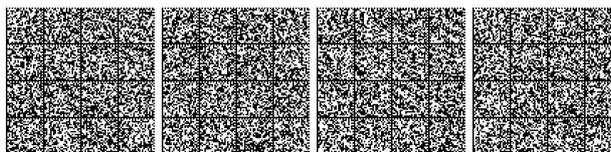
5.- Inoltre, la Convenzione relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa, adottata a Berna il 19 settembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 5 agosto 1981, n. 503, all'art. 6 prescrive che ogni parte contraente adotterà leggi e regolamenti per la salvaguardia delle specie di fauna selvatica specificamente elencate nell'allegato II, per le quali è vietata ogni forma di cattura e uccisione intenzionale.

Tra le specie protette rientrano gli orsi di tutte le specie e il lupo.

Degli esemplari di tali specie il successivo art. 9 della Convenzione di Berna consente l'abbattimento «per prevenire importanti danni a colture, bestiame, zone boschive, riserve di pesca, acque e altre forme di proprietà», nonché «nell'interesse della salute e della sicurezza pubblica [...]».

Il quadro normativo sovranazionale è, dunque, nel senso che possono essere autorizzate deroghe ai divieti di uccisione delle specie protette, qualora queste siano necessarie al fine della salvaguardia di altri interessi, e che il loro bilanciamento compete alle autorità nazionali, nel rispetto delle condizioni e dei limiti derivanti dai vincoli europei e internazionali.

6.- Nell'ordinamento interno, anche prima dell'adozione della "direttiva habitat" 92/43/CEE e del suo regolamento di attuazione, il d.P.R. n. 357 del 1997, era stata introdotta la disciplina di tutela delle specie protette e del prelievo venatorio con la legge 11 febbraio 1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio), che all'art. 1 annovera la fauna selvatica nel patrimonio indisponibile dello Stato e, all'art. 2, per alcune specie, tra le quali l'orso e il lupo, prevede un particolare regime di protezione, anche sotto il profilo sanzionatorio (l'art. 30 punisce con sanzioni penali chi abbatte, cattura o detiene mammiferi o uccelli compresi nell'elenco di cui all'art. 2, tra cui è compreso il lupo, e specificamente punisce chi abbatte, cattura o detiene esemplari di orso).



Ma, nella prospettiva di un bilanciamento della protezione di tali specie con le esigenze di tutela del suolo, del patrimonio zootecnico e delle produzioni agricole, l'art. 19 della stessa legge n. 157 del 1992 demanda proprio alle Regioni il controllo della fauna selvatica, ivi comprese le specie dell'orso e del lupo (anche nelle zone vietate alla caccia), da esercitare selettivamente, mediante l'utilizzo di metodi ecologici e su parere dell'ex Istituto nazionale per la fauna selvatica (INFS), poi confluito nell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), fino a consentire l'abbattimento di tale fauna quando i metodi ecologici si rivelino inefficaci.

Le attività poste in essere nell'ambito dei piani di abbattimento regionali costituiscono legittimo esercizio di un potere previsto dalla stessa legge n. 157 del 1992 e non possono, pertanto, integrare la condotta sanzionata dal successivo art. 30, rientrando nella cornice autorizzatoria del citato art. 19.

7.- Alla descritta disciplina statale di tutela delle specie protette contenuta nella legge n. 157 del 1992 si è sovrapposto il regolamento attuativo della "direttiva habitat", di cui al d.P.R. n. 357 del 1997; tale normativa prevede una protezione rigorosa anche per l'orso e il lupo, riproducendo però la disciplina dei prelievi prevista dalla direttiva stessa e attribuisce il potere di autorizzare la deroga al divieto di cattura o uccisione delle specie protette al solo Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentiti per quanto di competenza il Ministro per le politiche agricole e l'ISPRA «a condizione che non esista un'altra soluzione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di distribuzione naturale [...]» (art. 11, comma 1).

Va anche notato che lo stesso d.P.R. n. 357 del 1997, all'art. 1, comma 4, attribuisce alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano la competenza a dare attuazione agli obiettivi del regolamento, «nel rispetto di quanto previsto dai rispettivi statuti e dalle relative norme di attuazione» e che la previsione è coerente con l'art. 16 della "direttiva habitat", che conferisce il potere di deroga agli Stati membri genericamente intesi, lasciando l'individuazione del soggetto competente ad attuare l'art. 16 alle norme interne.

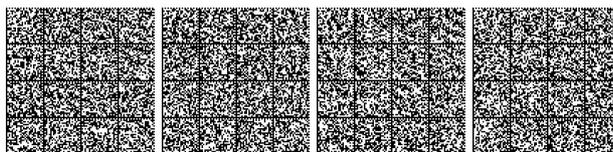
Nel caso di specie, occorre dunque verificare se il potere delle Province autonome di dare applicazione all'art. 16 della direttiva in questione trovi la sua legittimazione nello statuto speciale.

Le finalità di tale potere (in particolare: «proteggere la fauna e la flora selvatiche e conservare gli habitat naturali»; «prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e alle acque») attonano in misura rilevante alle materie di competenza provinciale primaria di cui all'art. 8, numero 16) e numero 21), dello statuto speciale: «alpicoltura e parchi per la protezione della flora e della fauna», «agricoltura, foreste e Corpo forestale, patrimonio zootecnico ed ittico [...]». Tali competenze concorrono a delineare un peculiare assetto dell'ecosistema delle Province autonome di Trento e di Bolzano e il loro esercizio, pertanto, ben può essere rivendicato a livello provinciale.

Questa Corte ha già riconosciuto la competenza delle Province autonome all'attuazione della "direttiva habitat" (seppur con riferimento specifico alla competenza sui «parchi per la protezione della flora e della fauna»: sentenze n. 329 e n. 104 del 2008 e n. 378 del 2007); pertanto l'esistenza della competenza provinciale in materia legittima l'attuazione, con legge provinciale, dell'art. 16 della "direttiva habitat" (art. 7 del d.P.R. 19 novembre 1987, n. 526, recante «Estensione alla regione Trentino-Alto Adige ed alle province autonome di Trento e Bolzano delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616»; art. 40, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, recante «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea») e implica la non fondatezza delle questioni relative all'art. 117, secondo comma, lettera s), e all'art. 118 Cost.

In particolare, non è violato l'art. 118 Cost., dal momento che, nelle materie di competenza legislativa provinciale, le funzioni amministrative spettano alle Province (art. 16, comma 1, dello statuto speciale; art. 4 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, recante «Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti il rapporto tra atti legislativi statali e leggi regionali e provinciali, nonché la potestà statale di indirizzo e coordinamento), in virtù del principio del parallelismo tra le funzioni legislative e le funzioni amministrative (sentenze n. 238 del 2007 e n. 236 del 2004) che tuttora vige per le Province autonome.

Nel loro insieme, le competenze statutarie delle Province autonome assicurano la complessiva tutela del particolare ecosistema provinciale e, in considerazione delle particolari caratteristiche dell'habitat alpino, giustificano l'attribuzione della competenza all'esercizio della deroga all'autonomia provinciale, prevedendo un sostanziale bilanciamento, legittimamente rimesso dalle leggi provinciali impugnate ai Presidenti delle Province autonome, quali organi idonei alla valutazione della dimensione anche localistica degli interessi coinvolti.



8.- Le norme impugnate neppure si pongono in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. poiché, come detto, la "direttiva habitat" attribuisce il potere di deroga agli «Stati membri», per cui essa è indifferente a quale sia l'organo competente ad autorizzare le deroghe ai divieti di abbattimento dell'orso e del lupo.

9.- Neppure è fondata la questione relativa alla violazione dei limiti derivanti dai principi dell'ordinamento giuridico e dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali previsti dall'art. 4 e richiamati dall'art. 8 dello statuto speciale: questa Corte ha già chiarito, proprio con specifico riferimento al d.P.R. n. 357 del 1992, che le Province autonome non sono vincolate da atti sublegislativi laddove attuino con legge le direttive europee nelle materie di propria competenza (sentenze n. 104 del 2008 e n. 425 del 1999).

10.- Infine, quanto alla censura relativa alla violazione dell'art. 107 dello statuto speciale, che subordina il trasferimento di funzioni amministrative alle Province autonome all'emanazione di norme di attuazione dello statuto, essa non è fondata perché non si tratta di dare attuazione allo statuto, ma di sostituire la cedevole disciplina statale con la competente legislazione provinciale.

Pertanto, le Province autonome hanno legittimamente esercitato una competenza legislativa propria attribuendo il potere discrezionale amministrativo, in ordine agli abbattimenti delle specie in questione, ai rispettivi Presidenti.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

1) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Trento 11 luglio 2018, n. 9 (Attuazione dell'articolo 16 della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche: tutela del sistema apicolturale), promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento agli artt. 117, primo e secondo comma, lettera s), e 118, secondo comma, della Costituzione, nonché all'art. 107 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), con il ricorso indicato in epigrafe;

2) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 luglio 2018, n. 11 (Misure di prevenzione e di intervento concernenti i grandi carnivori. Attuazione dell'articolo 16 della direttiva 92/43/CEE), promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'art. 117, primo e secondo comma, lettera s), Cost., in relazione all'art. 11 del d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357 (Regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche), all'art. 118, primo e secondo comma, Cost., e agli artt. 4, 8 e 107 del d.P.R. n. 670 del 1972, con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 15 luglio 2019.

F.to:

Giorgio LATTANZI, *Presidente*

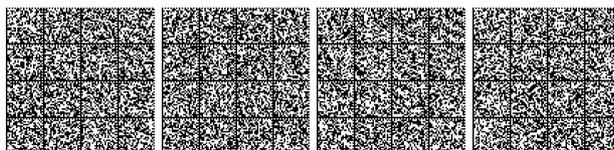
Giulio PROSPERETTI, *Redattore*

Roberto MILANA, *Cancelliere*

Depositata in Cancelleria il 27 settembre 2019.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA



N. 216

Sentenza 20 giugno - 27 settembre 2019

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Esecuzione penale - Sospensione dell'esecuzione delle pene detentive - Divieto nei confronti dei condannati per il delitto di furto in abitazione - Denunciata disparità di trattamento, irragionevolezza e violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Non fondatezza delle questioni - Segnalazione al legislatore di possibili incongruenze della disciplina.

- Codice di procedura penale, art. 656, comma 9, lettera *a*).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Giorgio LATTANZI;

Giudici : Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera *a*), del codice di procedura penale, promosso dal Tribunale ordinario di Agrigento, sezione prima penale, in funzione di giudice dell'esecuzione, nel procedimento penale a carico di S. P., con ordinanza del 16 luglio 2018, iscritta al n. 183 del registro ordinanze 2018 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 1, prima serie speciale, dell'anno 2019.

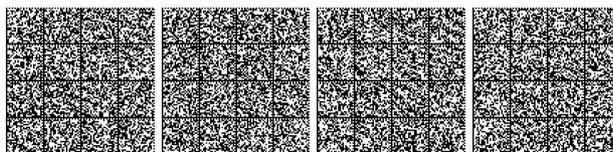
Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 18 giugno 2019 il Giudice relatore Francesco Viganò.

Ritenuto in fatto

1.- Con ordinanza del 16 luglio 2018, iscritta al r. o. n. 183 del 2018, il Tribunale ordinario di Agrigento, sezione prima penale, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera *a*), del codice di procedura penale, nella parte in cui stabilisce che la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 della medesima disposizione non può essere disposta nei confronti dei condannati per il delitto di furto in abitazione di cui all'art. 624-*bis*, comma primo, del codice penale.

1.1.- Espone il rimettente di essere stato investito dell'incidente di esecuzione, ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen., promosso da un condannato per il delitto di furto in abitazione di cui all'art. 624-*bis*, comma primo, cod. pen., il quale chiedeva la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena di otto mesi di reclusione e di 300 euro di multa emesso dal pubblico ministero, onde poter presentare istanza di ammissione ad una misura alternativa alla detenzione ai sensi dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen.



Tale istanza non potrebbe, peraltro, essere allo stato accolta, ad essa ostando la previsione di cui alla disposizione censurata, che per l'appunto vieta di sospendere l'esecuzione della pena detentiva nei confronti, *inter alios*, dei condannati per il delitto di furto in abitazione.

1.2.- Il giudice *a quo* dubita, tuttavia, della compatibilità della disposizione in parola con gli artt. 3, comma primo, e 27, comma terzo, Cost.

1.2.1.- La disposizione censurata violerebbe, anzitutto, l'art. 3, comma primo, Cost., in ragione del suo contrasto con i principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità.

Se del tutto ragionevole sarebbe il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), i quali non sono ammessi a misure alternative se non al ricorrere delle stringenti condizioni poste dal medesimo art. 4-*bis*, la previsione di un tale divieto per i condannati per furto in abitazione - inserita nella disposizione dall'art. 2, lettera *m*), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito con modificazioni nella legge 24 luglio 2008, n. 125 - risulterebbe invece irragionevole. Essa determinerebbe infatti, da un lato, un ingiustificato deterioramento per il furto in abitazione rispetto alle omologhe figure del furto con strappo e del furto pluriaggravato, non interessate dal divieto; e, dall'altro, un parimenti ingiustificato deterioramento del furto in abitazione rispetto ai più gravi delitti di rapina ed estorsione, parimenti non abbracciati - nelle forme non aggravate - dal divieto in esame.

La previsione censurata si esporrebbe dunque, a parere del giudice *a quo*, ai medesimi rilievi che hanno condotto questa Corte, nella sentenza n. 125 del 2016, a dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione in relazione ai condannati per furto con strappo, previsto al secondo comma dello stesso art. 624-*bis* cod. pen., in relazione in particolare all'agevole ipotizzabilità di «casi in cui, nel progredire dell'azione delittuosa, il furto con strappo si trasforma in una rapina, per la necessità di vincere la resistenza della vittima, o anche in una rapina impropria, per la necessità di contrastare la reazione della vittima dopo la sottrazione della cosa». Con conseguente irragionevolezza - rilevata dalla sentenza in parola - di una disciplina che, come quella allora censurata, prevedeva il divieto di sospendere l'ordine di esecuzione rispetto al solo delitto di furto con strappo, ma non - in particolare - rispetto a quello più grave di rapina, pur oggetto di una possibile, e anzi agevolmente ipotizzabile, progressione criminosa.

La disposizione censurata si fonderebbe, inoltre, su di una «aprioristica presunzione di pericolosità, oltrepassando il limite della non manifesta irragionevolezza delle scelte legislative», colpendo anche chi abbia commesso un reato di modesta gravità e abbia riportato condanna a una pena detentiva breve, come il condannato nel giudizio *a quo*.

1.2.2.- La disposizione in parola violerebbe, altresì, il principio rieducativo di cui all'art. 27, comma terzo, Cost.

L'applicazione rigida e automatica della detenzione, senza possibilità di valutazione - anteriore all'ingresso nell'istituto di pena del condannato - da parte del tribunale di sorveglianza, risulterebbe infatti in contrasto con il finalismo rieducativo della pena, che postulerebbe sempre una «valutazione individualizzata del prevenuto» in relazione alla concedibilità o meno dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario.

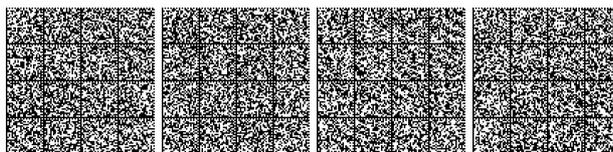
1.2.3.- Infine - e «pur senza affiancare ai parametri «interni» della prospettata questione di legittimità costituzionale [...] quello «interposto» costituito dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo» -, il giudice *a quo* osserva come la prospettata questione di legittimità costituzionale tragga forza anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, rispetto agli obblighi da essa fissati nei confronti dell'ordinamento italiano in relazione al superamento della situazione di sovraffollamento degli istituti penitenziari: esigenza alla quale sarebbe tra l'altro funzionale il meccanismo della sospensione dell'esecuzione dell'ordine di esecuzione della pena stabilito dall'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., irragionevolmente precluso ai condannati per il delitto di furto in abitazione.

1.3.- Quanto alla rilevanza della questione nel giudizio *a quo*, il rimettente osserva come l'istanza del condannato sia destinata senz'altro a essere respinta sulla base della disposizione censurata, insuscettibile di interpretazione conforme a Costituzione; mentre il suo accoglimento si imporrebbe nell'ipotesi in cui essa fosse dichiarata illegittima *in parte qua*.

2.- È intervenuto nel giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate inammissibili e infondate.

Ad avviso dell'Avvocatura generale dello Stato, infatti, la scelta legislativa non potrebbe ritenersi manifestamente irragionevole, trovando essa fondamento nella pericolosità presunta dell'autore del fatto; e ciò non diversamente da quanto accade nei confronti dei condannati per rapina aggravata, ai sensi dell'art. 628, terzo comma, n. 3-*bis*, cod. pen., «nel comune presupposto che il delitto sia commesso in abitazione», rispetto ai quali pure opera il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione.

3.- La parte del giudizio principale non si è costituita in giudizio.



Considerato in diritto

1.- Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il Tribunale ordinario di Agrigento, sezione prima penale, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, nella parte in cui stabilisce che la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 della medesima disposizione non può essere disposta nei confronti dei condannati per il delitto di furto in abitazione di cui all'art. 624-bis, comma primo, del codice penale.

2.- Non può essere accolta l'eccezione di inammissibilità delle questioni, sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato in relazione alla non irragionevolezza della scelta legislativa, in quanto - all'evidenza - attinente al merito delle questioni medesime, e non alla loro ammissibilità.

3.- Nel merito, le questioni non sono però fondate.

3.1.- Il rimettente argomenta la contrarietà all'art. 3, comma primo, Cost. della disposizione censurata essenzialmente sotto due profili: da un lato, l'asserita irragionevole disparità di trattamento tra i condannati per furto in abitazione e i condannati per una serie di altri delitti, tra cui in particolare la rapina; e, dall'altro, l'irragionevolezza di una «presunzione aprioristica di pericolosità» anche nei confronti di persone ritenute responsabili di fatti di reato di modesta gravità e condannate, pertanto, a pene detentive brevi.

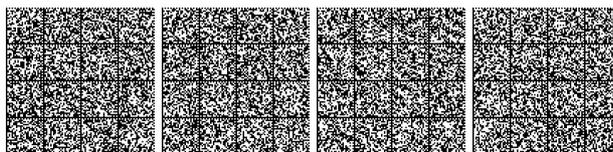
3.1.1.- Sotto il primo profilo, il giudice *a quo* ritiene di trarre argomenti decisivi dalla sentenza n. 125 del 2016, con cui questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione originariamente previsto dall'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. nei confronti dei condannati per furto con strappo. In tale occasione, la Corte ha ritenuto, in effetti, manifestamente irragionevole una disciplina che prevedeva un trattamento processuale peggiore per un delitto - il furto con strappo - certamente meno grave di quello - la rapina semplice, nella sua forma «propria» (art. 628, primo comma, cod. pen.) o «impropria» (art. 628, secondo comma, cod. pen.) - nel quale è agevole ipotizzare che il primo delitto possa trasmodare, in relazione alla possibile, e statisticamente frequente, reazione della vittima.

Come giustamente rileva l'Avvocatura generale dello Stato, una situazione simile non ricorre, però, rispetto al furto in abitazione, destinato a trasmodare non già nel delitto di rapina semplice, bensì in quello di rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, terzo comma, n. 3-bis, cod. pen., per essere stato commesso il fatto nei medesimi luoghi indicati dall'art. 624-bis, primo comma, cod. pen.; ipotesi aggravata compresa nell'elenco dei delitti di cui all'art. 4-bis, comma 1-ter, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), per i quali pure opera il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto per il (mero) furto in abitazione.

Né può essere tacciato in termini di manifesta irragionevolezza il differente trattamento previsto per i condannati per furto in abitazione rispetto a chi si sia stato condannato per furto con strappo (dopo la menzionata sentenza n. 125 del 2016) ovvero per altre ipotesi di furto aggravato o pluriaggravato. Il divieto di sospensione dell'ordine dell'esecuzione trova infatti la propria *ratio* nella discrezionale, e non irragionevole, presunzione del legislatore relativa alla particolare gravità del fatto di chi, per commettere il furto, entri in un'abitazione altrui, ovvero in altro luogo di privata dimora o nelle sue pertinenze, e della speciale pericolosità soggettiva manifestata dall'autore di un simile reato.

3.1.2.- Neppure può, nella specie, essere ravvisato un irragionevole e «aprioristico» automatismo legislativo: il legislatore, infatti, ha, con valutazione immune da censure sul piano costituzionale, ritenuto che - indipendentemente dalla gravità della condotta posta in essere dal condannato, e dall'entità della pena irrogatagli - la pericolosità individuale evidenziata dalla violazione dell'altrui domicilio rappresenti ragione sufficiente per negare in via generale ai condannati per il delitto in esame il beneficio della sospensione dell'ordine di carcerazione, in attesa della valutazione caso per caso, da parte del tribunale di sorveglianza, della possibilità di concedere al singolo condannato i benefici compatibili con il suo titolo di reato e la durata della sua condanna.

3.2.- Quanto poi alla dedotta violazione del principio del necessario finalismo rieducativo della pena sancito dall'art. 27, comma terzo, Cost., che postulerebbe sempre - secondo il giudice *a quo* - una «valutazione individualizzata del prevenuto» in relazione alla possibilità di concedergli i benefici previsti dall'ordinamento penitenziario, conviene osservare che la disciplina in questa sede censurata non esclude affatto tale valutazione individualizzata. Essa resta infatti demandata al tribunale di sorveglianza in sede di esame dell'istanza di concessione dei benefici, che il condannato può comunque presentare una volta passata in giudicato la sentenza che lo riguarda.



3.3.- Né, infine, possono essere tratti argomenti decisivi a sostegno della prospettazione del giudice *a quo* dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che concerne la situazione di sovraffollamento delle carceri italiane, giurisprudenza che il rimettente peraltro evoca meramente ad *abundantiam*, senza formulare alcuna specifica censura sul punto ex art. 117, primo comma, Cost.

Se è, infatti, indubbio che il meccanismo di sospensione automatica dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656, comma 5, cod. proc. pen. sia anche funzionale a evitare l'inutile ingresso nel sistema penitenziario - già afflitto da grave sovraffollamento - di condannati che potrebbero essere ammessi a misure alternative sin dall'inizio dell'esecuzione della pena, non può d'altra parte negarsi un margine di discrezionalità del legislatore, sempre entro i limiti segnati dalla non manifesta irragionevolezza, nella definizione delle categorie di detenuti che di tale meccanismo possono beneficiare.

4.- Fermo tutto quanto precede, questa Corte ritiene comunque necessario segnalare al legislatore, per ogni sua opportuna valutazione, l'incongruenza cui può dar luogo il difetto di coordinamento attualmente esistente tra la disciplina processuale e quella sostanziale relativa ai presupposti per accedere alle misure alternative alla detenzione, in relazione alla situazione dei condannati nei cui confronti non è prevista la sospensione dell'ordine di carcerazione ai sensi dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., ai quali - tuttavia - la vigente disciplina sostanziale riconosce la possibilità di accedere a talune misure alternative sin dall'inizio dell'esecuzione della pena: come, per l'appunto, i condannati per i reati elencati dall'art. 656, comma 9, lettera *a*), cod. proc. pen., diversi da quelli di cui all'art. 4-*bis* ordin. penit. (per i quali l'accesso ai benefici penitenziari è invece subordinato a specifiche stringenti condizioni).

Ciò, in particolare, in relazione al rischio - specialmente accentuato nel caso di pene detentive di breve durata, peraltro indicative di solito di una minore pericolosità sociale del condannato - che la decisione del tribunale di sorveglianza intervenga dopo che il soggetto abbia ormai interamente o quasi scontato la propria pena. Eventualità, quest'ultima, purtroppo non infrequente, stante il notorio sovraccarico di lavoro che affligge la magistratura di sorveglianza, nonché il tempo necessario per la predisposizione della relazione del servizio sociale in merito all'osservazione del condannato in carcere.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Agrigento, sezione prima penale, in funzione di giudice dell'esecuzione, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 20 giugno 2019.

F.to:

Giorgio LATTANZI, *Presidente*

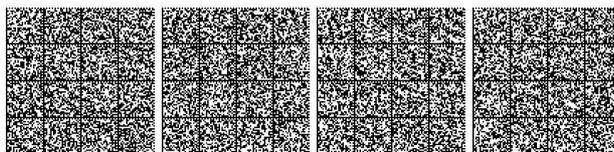
Francesco VIGANÒ, *Redattore*

Roberto MILANA, *Cancelliere*

Depositata in Cancelleria il 27 settembre 2019.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA



N. 217

Sentenza 5 giugno - 1^o ottobre 2019

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Procedimento civile - Patrocinio a spese dello Stato - Effetti dell'ammissione - Onorari dovuti al consulente tecnico di parte e all'ausiliario del magistrato - Omessa previsione dell'anticipazione diretta da parte dell'era-rio, in luogo della prenotazione a debito a domanda in caso di impossibilità della ripetizione - Difetto di ragionevolezza - Illegittimità costituzionale in parte qua.

- Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, art. 131, comma 3.
- Costituzione, artt. 1, 3, 4, 24, 35, primo comma, e 36.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Giorgio LATTANZI;

Giudici : Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI,
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 131, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, recante: «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. (Testo A)», promossi dal Tribunale ordinario di Roma, con ordinanze del 21 giugno e del 17 settembre 2018, iscritte rispettivamente al n. 154 del registro ordinanze 2018 e al n. 8 del registro ordinanze 2019 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 44, prima serie speciale, dell'anno 2018 e n. 6, prima serie speciale, dell'anno 2019.

Visti gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 5 giugno 2019 il Giudice relatore Aldo Carosi.

Ritenuto in fatto

1.- Con ordinanza del 21 giugno 2018 (r. o. n. 154 del 2018), il Tribunale ordinario di Roma ha sollevato, in riferimento agli artt. 1, 3, 4, 24, 35, primo comma, e 36 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 131, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, recante: «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. (Testo A)».

Riferisce il rimettente che, nel corso di un procedimento regolato dall'art. 696-bis del codice di procedura civile, per l'espletamento di una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione di una lite e in presenza di una fattispecie di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, è stato conferito un apposito incarico ai consulenti tecnici.

Nel corso del procedimento sarebbe emerso che gli onorari dovuti ai predetti consulenti non potevano essere corrisposti perché anche la parte (il coniuge dell'ammesso al patrocinio) a carico della quale erano stati posti gli oneri della consulenza non era in grado di ottemperarvi e che si doveva pertanto applicare l'art. 131, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 2002.

Tale disposizione stabilisce, al riguardo, che gli onorari dovuti al consulente tecnico di parte e all'ausiliario del magistrato sono prenotati a debito, a domanda, anche nel caso di transazione della lite, se non è possibile la ripetizione dalla parte a carico della quale sono poste le spese processuali, o dalla stessa parte ammessa, per vittoria della causa o per revoca dell'ammissione.



Secondo il rimettente, la previsione sarebbe irragionevole perché si fonderebbe sul principio, confermato dal diritto vivente, per cui i consulenti tecnici del giudice debbono lavorare gratuitamente nel caso in cui una parte sia stata ammessa al patrocinio a spese dello Stato e non vi siano altri soggetti sui quali possa farsi gravare il diritto al compenso per il lavoro svolto.

1.1.- In ordine alla rilevanza, premesso che si tratta del procedimento disciplinato dall'art. 696-bis cod. proc. civ., procedimento che non sarebbe destinato a concludersi con una pronuncia sulle spese in base all'art. 91 cod. proc. civ., trattandosi di fattispecie riconducibile al quinto comma del predetto art. 696-bis, il giudice *a quo* deduce che soltanto attraverso la pronuncia di illegittimità costituzionale potrebbe essere garantito un compenso ai consulenti nominati nel procedimento al suo esame.

Infatti, disposta la prenotazione a debito ed emesso il decreto di liquidazione, non sarebbe comunque dato corso al pagamento da parte del Ministero della giustizia (come chiarito, in proposito, dalla circolare 8 giugno 2016, recante «Quesiti relativi all'interpretazione dell'art. 131, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002 e successive modificazioni») in virtù delle disposizioni che regolano il procedimento di prenotazione a debito, alle quali si atterrebbe il medesimo Ministero, nel rigoroso rispetto della lettera della legge.

1.2.- Il rimettente si dichiara consapevole del fatto che la norma censurata è stata più volte sottoposta all'esame di questa Corte con esito negativo; tuttavia, ritiene che gli specifici profili di incostituzionalità inerenti alla fattispecie concreta siano diversi e ulteriori rispetto a quelli vagliati dalla pregressa giurisprudenza della Consulta.

Il Ministero della giustizia avrebbe emanato la già menzionata circolare 8 giugno 2016, che il rimettente afferma di condividere, in cui sarebbe stata data contezza del fatto che l'amministrazione non dà seguito ai decreti di liquidazione dei giudici in favore dei consulenti tecnici nei procedimenti in cui vi sia stata ammissione al patrocinio a spese dello Stato e prenotazione a debito e non sia possibile ottenerne il pagamento a carico delle parti. Tale pagamento non seguirebbe necessariamente la richiesta di prenotazione a debito da parte del consulente, poiché non vi sarebbe alcun automatismo tra la prenotazione a debito e il pagamento degli onorari, che risulterebbe meramente eventuale, essendo normativamente condizionato all'effettivo recupero della somma prenotata a debito da parte dell'ufficio giudiziario (la norma dell'art. 3, lettera s, definisce «prenotazione a debito» l'annotazione «a futura memoria di una voce di spesa, per la quale non vi è pagamento, ai fini dell'eventuale successivo recupero»).

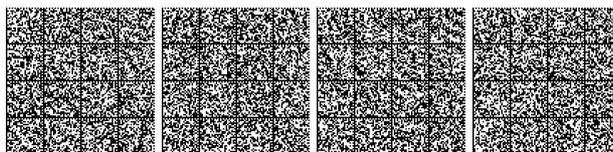
In conclusione, rammentata la differenza tra la prenotazione a debito, che consiste, appunto, nell'annotazione a futura memoria di una voce di spesa per la quale non è possibile realizzare la correlata entrata, secondo il giudice rimettente la norma in esame assimilerebbe alle «spese» non sostenute dallo Stato, per le quali la prenotazione a debito sarebbe appropriata, «spese» che, per definizione, non dovrebbero essere condizionate dal previo recupero, vigendo il nuovo orientamento legislativo del patrocinio a carico dell'erario.

Non osterebbe a una pronuncia nel merito l'esercizio della discrezionalità legislativa perché questa incontra il limite della ragionevolezza e della coerenza interna del sistema normativo.

Il rimettente, anche se ritiene le precedenti argomentazioni già idonee a decidere la questione sollevata, aggiunge la considerazione che, in via generale, appare difficilmente sostenibile la ragionevolezza del diverso trattamento che riceve il consulente tecnico nel giudizio penale, al quale vengono anticipati compensi, rispetto al trattamento riservatogli nel giudizio civile. Inoltre, con specifico riferimento al procedimento di cui all'art. 696-bis cod. proc. civ., evidenzia che non è configurabile la soccombenza in detto giudizio, dal momento che esso si conclude o con la conciliazione o con il deposito della relazione; né, come già detto in precedenza, sarebbe configurabile una posteriore regolamentazione delle spese, anche in considerazione del fatto che la successiva fase del giudizio è meramente eventuale.

2.- è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, che ha concluso per l'inammissibilità o la manifesta infondatezza della questione sollevata.

Essa sarebbe astratta e meramente ipotetica, e dunque irrilevante, dal momento che non risulterebbe che i consulenti tecnici abbiano chiesto l'immediato pagamento dei rispettivi compensi, tanto più che non sarebbe loro consentito - come si evince dall'art. 63 cod. proc. civ. e dall'art. 366 del codice penale - rifiutare di prestare la relativa attività, avendo manifestato, con l'iscrizione all'albo, un consenso preventivo alla nomina (al riguardo è citata la sentenza di questa Corte n. 136 del 2016). La rilevanza della questione non potrebbe derivare dal fatto che il rimettente ha attribuito ai consulenti un fondo spese: infatti, l'art. 83 del d.P.R. n. 115 del 2002 prevede che la liquidazione delle spese e dei compensi debba avvenire al termine di ciascuna fase processuale.



Inoltre il giudice rimettente avrebbe omissis il doveroso tentativo di interpretazione adeguatrice della disposizione in esame.

Nel merito, la questione, affrontata più volte da questa Corte, sarebbe manifestamente infondata.

Il senso della disposizione sarebbe infatti quello di onerare l'ausiliario del giudice della riscossione del compenso dalle parti e, solo qualora ciò non fosse possibile, ammettere la riscossione mediante prenotazione a debito. Per tale motivo, la Corte avrebbe escluso il paventato *vulnus* anche nel caso in cui risulti preclusa la possibilità di recuperare l'onorario dal soccombente o nel caso in cui la consulenza venga disposta in un procedimento di volontaria giurisdizione.

Dovrebbe, inoltre, escludersi la lesione dell'art. 3 Cost. per disparità di trattamento tra l'ausiliario del giudice e il difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, stante l'eterogeneità delle figure processuali messe a confronto, così come tra l'ausiliario del giudice nel processo penale e nel processo civile, per l'ontologica diversità dei due tipi di processo.

3.- Il medesimo Tribunale ordinario di Roma, con ordinanza del 17 settembre 2018 (r. o. n. 8 del 2019), nel corso di un altro procedimento instaurato ai sensi dell'art. 696-*bis* cod. proc. civ., ha sollevato identica questione di legittimità costituzionale.

In punto di rilevanza, in particolare, dal momento che era emerso che i ricorrenti godevano del patrocinio a spese dello Stato, il giudice rimettente espone che «prospettandosi la certezza che lo svolgimento dell'impegnativo lavoro che andava a richiedere ai due professionisti C.T.U. sarebbe stato [...] surrettiziamente a titolo gratuito, si riservava di provvedere».

4.- Anche in questo giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri che ha concluso per l'inammissibilità o l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale con motivazioni sostanzialmente analoghe al precedente intervento. In particolare, ne ha sostenuto l'infondatezza sul rilievo che la disposizione censurata dovesse essere interpretata in modo tale da garantire il compenso al consulente tecnico.

Considerato in diritto

1.- Con due ordinanze di analogo tenore (r. o. n. 154 del 2018 e n. 8 del 2019) il Tribunale ordinario di Roma, nel corso di due procedimenti promossi ai sensi dell'art. 696-*bis* del codice di procedura civile, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 131, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, recante: «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. (Testo A)», deducendo la violazione degli artt. 1, 3, 4, 24, 35, primo comma, e 36 della Costituzione.

La disposizione censurata stabilisce che gli onorari dovuti al consulente tecnico di parte e all'ausiliario del magistrato sono prenotati a debito, a domanda, anche nel caso di transazione della lite, se non è possibile la ripetizione dalla parte a carico della quale sono poste le spese processuali, o dalla stessa parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, per vittoria della causa o per revoca dell'ammissione. Analoga disciplina è disposta per gli onorari del notaio per lo svolgimento di funzioni demandategli (nei casi previsti dalla legge) dal magistrato, nonché per l'indennità di custodia del bene sequestrato.

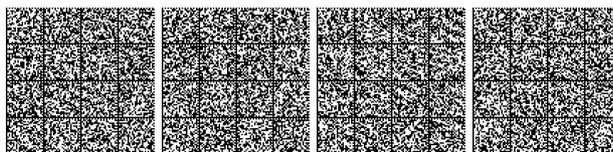
Essa consente, dunque, la prenotazione a debito del compenso del consulente (e dei soggetti assimilati) successivamente alla richiesta del relativo pagamento alle parti del giudizio.

Secondo il Tribunale rimettente, l'art. 131, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 2002 violerebbe, tra gli altri parametri, l'art. 3 Cost., in quanto irragionevolmente, nel caso in cui una parte sia stata ammessa al patrocinio a spese dello Stato e non vi siano altri soggetti sui quali possa farsi gravare il pagamento degli onorari dovuti, non garantirebbe all'ausiliario del giudice un compenso per la prestazione svolta.

2.- In ragione della comunanza di oggetto, le ordinanze possono riunirsi, per essere decise con unica sentenza.

3.- Preliminarmente, va dichiarata la manifesta inammissibilità della questione sollevata dal Tribunale ordinario di Roma con ordinanza del 17 settembre 2018 (r. o. n. 8 del 2019).

Il rimettente ha sollevato la questione «prospettandosi la certezza che lo svolgimento dell'impegnativo lavoro che andava a richiedere ai due professionisti C.T.U. sarebbe stato [...] surrettiziamente a titolo gratuito», sospendendo il giudizio. Sotto questo profilo la questione è dunque astratta e ipotetica, perché prematura, e risulta priva di rilevanza, dal momento che il rimettente non è chiamato a decidere sul compenso, nemmeno determinato in via provvisoria (art. 8 del d.P.R. n. 115 del 2002) del consulente tecnico.



4.- Le ulteriori eccezioni sollevate dall'Avvocatura generale dello Stato devono essere respinte.

Non è condivisibile l'affermazione circa l'asserita carenza del requisito dell'incidentalità. Il giudizio introdotto dall'ordinanza r. o. n. 154 del 2018 risulta, difatti, connotato da un *petitum* distinto e autonomo rispetto alle questioni di legittimità costituzionale sollevate, in quanto volto all'accertamento dell'inadempimento di obbligazioni sanitarie da parte dell'ente ospedaliero mediante espletamento di una consulenza tecnica preventiva.

È, inoltre, infondata l'ulteriore eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, secondo la quale il giudice *a quo* non avrebbe adeguatamente vagliato la possibilità alternativa di interpretare la disposizione censurata in modo conforme a Costituzione. Il rimettente, difatti, esclude tale possibilità in considerazione del tenore letterale della disposizione.

Egli precisa che, per effetto della definizione legislativa della «prenotazione a debito», non è possibile che, nella specie, lo Stato si accoli gli onorari delle consulenze, in assenza di un debitore da esso proficuamente escusso. È costante l'orientamento di questa Corte, secondo cui «[a] fronte di adeguata motivazione circa l'impedimento ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile, dovuto specificamente al “tenore letterale della disposizione”, [...] “la possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità” (sentenza n. 221 del 2015)» (da ultimo, sentenza n. 12 del 2019).

Infine, il *petitum* risulta individuato, in via gradata, come si esprime il rimettente, nella «strada maestra della dichiarazione di incostituzionalità» o «quantomeno» nella sentenza interpretativa di accoglimento della questione che dichiara l'illegittimità della disposizione nel solo significato difforme dalla Costituzione.

5.- Ai fini della decisione da assumere è utile premettere un quadro riassuntivo dell'evoluzione normativa e della giurisprudenza costituzionale in materia.

5.1.- L'art. 131 del d.P.R. n. 115 del 2002, nel prevedere gli effetti dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, enumera, al comma 2, le spese prenotate a debito e, al comma 4, quelle anticipate dall'erario.

Al comma 3, primo periodo, invece, prevede per gli onorari dovuti al consulente tecnico di parte e all'ausiliario del magistrato, la prenotazione a debito, a domanda, anche nel caso di transazione della lite, se non è possibile la ripetizione dalla parte a carico della quale sono poste le spese processuali, o dalla stessa parte ammessa, per vittoria della causa o per revoca dell'ammissione. Il successivo periodo dispone, inoltre, che lo stesso trattamento si applichi agli onorari di notaio per lo svolgimento di funzioni ad essi demandate dal magistrato nei casi previsti dalla legge e all'indennità di custodia del bene sottoposto a sequestro.

La disposizione censurata consente, dunque, la prenotazione a debito solo successivamente alla previa infruttuosa intimazione alle parti del giudizio che, secondo la costante giurisprudenza di legittimità (*ex multis*, Corte di cassazione, sezione sesta, ordinanza 9 febbraio 2018, n. 3239; sezione seconda, sentenza 12 novembre 2015, n. 23133) sono solidalmente tenute al pagamento delle spese della consulenza.

L'art. 3, comma 1, del medesimo d.P.R. definisce, alla lettera s), «“prenotazione a debito” [...] l'annotazione a futura memoria di una voce di spesa, per la quale non vi è pagamento, ai fini dell'eventuale successivo recupero»; alla lettera t), «“anticipazione” [...] il pagamento di una voce di spesa che, ricorrendo i presupposti previsti dalla legge, è recuperabile».

Infine, in base all'art. 133 del d.P.R. n. 115 del 2002, il provvedimento che pone a carico della parte soccombente non ammessa al patrocinio la rifusione delle spese processuali a favore della parte ammessa dispone che il pagamento sia eseguito a favore dello Stato. Qualora lo Stato non recuperi, il successivo art. 134 dispone che se la vittoria della causa o la composizione della lite ha posto la parte ammessa al patrocinio in condizione di poter restituire le spese erogate in suo favore, su questa lo Stato ha diritto di rivalsa.

Le disposizioni da ultimo richiamate trovano evidentemente applicazione nelle ipotesi in cui il processo dia un esito positivo per la parte ammessa al patrocinio a carico dello Stato, mentre qualora quest'ultima sia soccombente non vi sarà pagamento della parte abbiente in favore dello Stato delle spese processuali, né successivo recupero di dette spese. In questo caso, difatti, nulla potrebbe chiedersi alla parte abbiente, perché è risultata vittoriosa, e nulla alla parte non abbiente, che è rimasta soccombente nella lite.



La relazione illustrativa che accompagna lo schema del menzionato d.P.R. n. 115 del 2002, in maniera significativa, segnala, relativamente al comma 3 dell'art. 131, quanto segue: «- in generale, l'ipotesi della prenotazione a debito successivamente all'infruttuosa escussione da parte del professionista, appare un'ipotesi di scuola piuttosto che una concreta possibilità, ma in tal senso è la norma originaria; - in particolare, per quanto attiene ai consulenti tecnici: i soli onorari (le spese sostenute per l'incarico e le spese e indennità di trasferta sono anticipate, v. comma successivo) sono a domanda prenotati a debito e riscossi con le spese solo dopo la vana escussione del condannato alle spese non ammesso e dell'ammesso in caso di revoca dell'ammissione, cui è equiparata la vittoria della causa. Rispetto al r. d. del 1923, la disciplina incorporata nel testo unico è uguale per le spese, mentre è diversa per gli onorari, perché prima erano automaticamente prenotati a debito e recuperati nei confronti del condannato non ammesso e dell'ammesso in caso di revoca o di vittoria a certe condizioni. Oggi, il consulente tecnico agisce direttamente e, solo se non recupera, chiede l'annotazione a debito e prova il recupero nelle forme ordinarie delle altre spese».

5.2.- Questa Corte ha già scrutinato la disposizione oggi censurata e, sin dalla sentenza n. 287 del 2008, ha ritenuto che «[i]l rimettente muove dal presupposto interpretativo secondo cui, nei casi di ammissione di una parte al patrocinio a spese dello Stato, la disposizione censurata può comportare, in materia civile, che l'ausiliario del magistrato svolga la sua opera gratuitamente. Al contrario, tale disposizione disciplina il procedimento di liquidazione degli onorari dell'ausiliario medesimo, predisponendo il rimedio residuale della prenotazione a debito, a domanda, proprio al fine di evitare che il diritto alla loro percezione venga pregiudicato dalla impossibile ripetizione dalle parti del giudizio».

Quindi, la successiva ordinanza n. 408 del 2008 ha ribadito «che questa Corte, con la sentenza n. 287 del 2008, ha affermato che l'art. 131, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 2002, nel disciplinare il procedimento di liquidazione degli onorari dell'ausiliario, prevede il rimedio residuale della prenotazione a debito (con conseguente pagamento da parte dell'Erario), proprio al fine di evitare che il diritto alla loro percezione venga pregiudicato dall'impossibile ripetizione dalle parti processuali», fornendo una interpretazione degli artt. 3 e 131 del d.P.R. n. 115 del 2002 nei termini già riportati e poi confermati nelle successive ordinanze n. 195 del 2009, n. 203 e n. 88 del 2010.

Tale indirizzo è stato ribadito in relazione agli onorari del consulente tecnico, precisandosi che «sono manifestamente infondati i connessi dubbi in ordine alla concreta possibilità [...] di vedersi corrisposti i propri compensi [dal momento che] questi o graveranno sui soggetti di cui al citato articolo 131 del d.lgs. n. 115 del 2002 ovvero, laddove sia impossibile ripeterli da costoro, se ne potrà chiedere la prenotazione a debito, con successiva liquidazione a carico dell'Erario» (ordinanza n. 12 del 2013 e, nello stesso senso, ordinanza n. 88 del 2013).

Secondo le menzionate decisioni, dunque, il professionista, esperito infruttuosamente il tentativo di recupero nei confronti delle parti, ha diritto a vedersi corrispondere il suo onorario, con "liquidazione" a carico dell'erario, non subordinata al previo recupero da parte dell'erario stesso. Tale interpretazione, tuttavia, si pone in contrasto con la disciplina della prenotazione a debito, che non consente il pagamento degli onorari se non attraverso la previa realizzazione del credito erariale.

Per tale motivo, la suddetta opzione ermeneutica adottata da questa Corte non ha potuto trovare seguito nella prassi, rendendo impossibile - con riguardo a fattispecie come quella in esame - la liquidazione degli onorari e delle altre competenze contemplate nell'art. 131, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002.

Anche il rimettente ha inevitabilmente aderito all'interpretazione contenuta nella precitata circolare del Ministero della giustizia 8 giugno 2016, recante «Quesiti relativi all'interpretazione dell'art. 131, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002 e successive modificazioni». Quest'ultima, dopo aver ricostruito l'*iter* normativo e giurisprudenziale della norma impugnata sottolineando che la liquidazione segue necessariamente la richiesta di prenotazione a debito da parte del consulente, ha concluso per l'inesistenza di un automatismo tra la prenotazione a debito e il pagamento a carico dell'erario, poiché detto pagamento presuppone il previo effettivo recupero della somma prenotata a debito.

6.- Alla luce di tali premesse, la questione è fondata, in riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo del difetto di ragionevolezza.

Va chiarito che siffatta pronuncia di accoglimento si muove - fatta salva la diversa interpretazione della disciplina della prenotazione a debito precedentemente precisata - nel solco della pregressa giurisprudenza di questa Corte, la quale ha affermato il tramonto della logica del gratuito patrocinio, ormai integralmente sostituito dal principio del patrocinio a carico dell'erario.



Secondo il costante orientamento emergente dalle pronunce precedentemente richiamate, la finalità del nuovo istituto del patrocinio a spese dello Stato è quella di assicurare la tutela dell'indigente con carico all'erario in tutti i casi in cui particolari categorie professionali espletano attività di assistenza nei confronti dell'indigente medesimo. Ciò esclude che per alcune fattispecie vi possano essere deroghe ispirate alla superata logica del gratuito patrocinio.

Non può essere invece condiviso il sopra richiamato assunto di tale giurisprudenza secondo cui la locuzione «prenotazione a debito» possa essere letta come anticipazione degli onorari a carico dello Stato, a ciò ostando l'insormontabile ostacolo della testuale definizione legislativa della prenotazione a debito, secondo cui detta prenotazione si risolve in una annotazione a futura memoria ai fini dell'eventuale successivo recupero.

La disposizione censurata, come correttamente interpretata dal ricorrente, risulta però viziata sotto il profilo della ragionevolezza proprio perché, in luogo dell'anticipazione da parte dell'erario, prevede, a carico dei soggetti che hanno prestato l'attività di assistenza, l'onere della previa intimazione di pagamento e l'eventuale successiva prenotazione a debito del relativo importo («se non è possibile la ripetizione»). Infatti, tale meccanismo procedimentale, unitamente all'applicazione dell'istituto della prenotazione a debito, impedisce il rispetto della coerenza interna del nuovo sistema normativo incentrato sulla regola dell'assunzione, a carico dello Stato, degli oneri afferenti al patrocinio del non abbiente.

L'art. 131, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 2002, dunque, deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevede che gli onorari e le indennità dovuti ai soggetti ivi indicati siano previamente oggetto di intimazione di pagamento e successivamente eventualmente prenotati a debito (in caso di impossibilità di «ripetizione»), anziché direttamente anticipati dall'erario.

7.- Rimangono assorbite le ulteriori questioni sollevate dal rimettente.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 131, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, recante: «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. (Testo A)», nella parte in cui prevede che gli onorari e le indennità dovuti ai soggetti ivi indicati siano «prenotati a debito, a domanda», «se non è possibile la ripetizione», anziché direttamente anticipati dall'erario;

2) dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 131, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 2002, sollevata dal Tribunale ordinario di Roma (r. o. n. 8 del 2019), in riferimento agli artt. 1, 3, 4, 24, 35, primo comma, e 36 della Costituzione, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 5 giugno 2019.

F.to:

Giorgio LATTANZI, *Presidente*

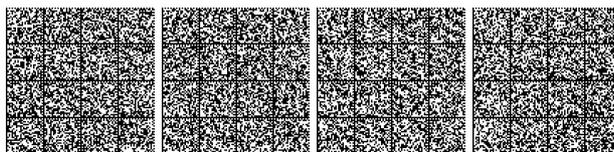
Aldo CAROSI, *Redattore*

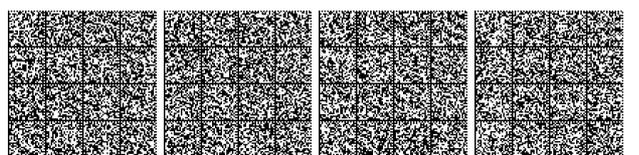
Roberto MILANA, *Cancelliere*

Depositata in Cancelleria l'1 ottobre 2019.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA





ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 88

*Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 12 agosto 2019
(del Presidente del Consiglio dei ministri)*

Impiego pubblico - Norme della Regione Lombardia - Modifiche all'art. 1 della legge regionale n. 30 del 2006 - Disciplina del processo di acquisizione di nuove professionalità per il personale delle società partecipate in modo totalitario e a partecipazione regionale, con esclusione di quelle quotate.

Impiego pubblico - Norme della Regione Lombardia - Modifiche all'art. 59 della legge regionale n. 34 del 1978 - Impegno delle spese - Autorizzazione al pagamento dei debiti fuori bilancio derivanti da sentenze esecutive contestualmente alla presentazione dell'iniziativa legislativa per il riconoscimento della loro legittimità - Applicazione anche ai debiti fuori bilancio derivanti da sentenze divenute esecutive già alla data di entrata in vigore della legge regionale di riferimento.

Impiego pubblico - Norme della Regione Lombardia - Modifiche alla legge regionale n. 20 del 2003 istitutiva del Comitato regionale per le comunicazioni - Non computabilità dei costi derivanti dalla stipulazione dei contratti di lavoro nelle diverse forme dal calcolo della spesa per il personale - Non computabilità delle spese sostenute per l'esercizio delle funzioni delegate al fine del rispetto dei vincoli di contenimento dei fondi destinati al trattamento accessorio del personale - Utilizzabilità delle risorse acquisite per l'esercizio delle funzioni delegate per l'incremento del trattamento economico accessorio del personale ad esse esclusivamente adibito.

– Legge della Regione Lombardia 6 giugno 2019, n. 9 (Legge di revisione normativa e di semplificazione 2019), artt. 2; 4, comma 1, lettera e); e 10.

Ricorso *ex art.* 127 della costituzione per il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato presso i cui uffici è domiciliato in Roma alla via dei Portoghesi n. 12;

Contro la Regione Lombardia, in persona del Presidente della Giunta regionale *pro tempore*, con sede in piazza Città di Lombardia n. 1 - 20124 Milano;

per la declaratoria di illegittimità costituzionale degli articoli 2, 4 e 10 della legge regionale 6 giugno 2019, n. 9, come da delibera del Consiglio dei ministri in data 6 agosto 2019.

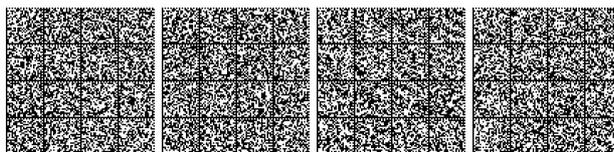
Sul B.U.R. Lombardia n. 23 del 7 giugno 2019 è stata pubblicata la legge regionale 6 giugno 2019, n. 9, recante «Legge di revisione normativa e di semplificazione 2019».

All'art. 2 («Modifiche all'art. 1 della legge regionale 30/2006») la legge regionale precisa che:

1. Alla legge regionale 27 dicembre 2006, n. 30 (Disposizioni legislative per l'attuazione del documento di programmazione economico-finanziaria regionale, ai sensi dell'art. 9-ter della legge regionale 31 marzo 1978, n. 34 «Norme sulle procedure della programmazione, sul bilancio e sulla contabilità della Regione» - Collegato 2007) sono apportate le seguenti modifiche:

a) dopo il comma 5-duodecies dell'art. 1 sono aggiunti i seguenti:

«5-terdecies. Al fine di agevolare e rafforzare il concreto esercizio del controllo analogo, nei consigli di amministrazione delle società a partecipazione regionale, con esclusione di quelle quotate, operanti secondo il modello dell'in house providing possono essere nominati dirigenti della Giunta regionale. Al dirigente non può essere conferita la carica di Presidente o di amministratore delegato. In virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, l'incarico di amministratore è svolto dal dirigente a titolo gratuito. Non possono essere nominati nei consigli di amministrazione delle società di cui al presente comma i dirigenti preposti a strutture con funzioni di vigilanza o controllo sulle società stesse.



5-quaterdecies. Nell'ambito dei processi di acquisizione di nuove professionalità con rapporto di lavoro subordinato, le società partecipate in modo totalitario di cui alla Sezione I dell'Allegato A1 e le società a partecipazione regionale, con esclusione di quelle quotate, di cui all'Allegato A2, effettuano preventivamente la ricerca tra il personale dipendente delle altre società di cui al presente comma. A tal fine, la società interessata invia apposita comunicazione scritta alle altre società che sono tenute a pubblicare sulla propria rete intranet la posizione vacante per favorire l'attivazione di eventuali mobilità volontarie. In caso di candidature con esito positivo, il trasferimento del personale avviene nel rispetto delle disposizioni statali e dei contratti collettivi».

L'art. 4 («Modifiche agli articoli 28-*sexies*, 55 e 59 della legge regionale n. 34/1978 e all'art. 1 della legge regionale n. 23/2018») dispone che:

1. Alla legge regionale 31 marzo 1978, n. 34 (Norme sulle procedure della programmazione, sul bilancio e sulla contabilità della regione) sono apportate le seguenti modifiche:

a) alla lettera a) del comma 3 dell'art. 28-*sexies*, le parole «ai comuni con popolazione non superiore ai 3.000 abitanti, ai comuni montani con popolazione non superiore ai 5.000 abitanti», sono sostituite dalle seguenti: «ai comuni con popolazione residente fino a 5.000 abitanti, risultante dall'ultimo dato ufficiale disponibile dell'Istituto nazionale di statistica»;

b) la lettera c-*ter*) del comma 3 dell'art. 28-*sexies* è soppressa;

c) dopo il comma 2-*bis* dell'art. 55 sono inseriti i seguenti:

«2-*ter*. La disposizione di cui al primo periodo del comma 2-*bis* si applica agli enti sanitari di cui all'allegato A1, Sezione II, della legge regionale n. 30/2006 limitatamente ai rapporti tra la Giunta regionale e gli stessi enti sanitari.

2-*quater*. La Giunta regionale provvede a disciplinare le modalità operative per l'applicazione della disposizione di cui al comma 2-*ter* regolando i rapporti tra la Giunta regionale e gli enti sanitari.»;

d) al secondo periodo del comma 8-*quinquies* dell'art. 59, le parole «non costituiscono debito fuori bilancio le spese registrate con impegno assunto al momento in cui l'obbligazione giuridica si perfeziona e imputato agli esercizi finanziari in cui la spesa diviene esigibile.» sono sostituite dalle seguenti: «l'impegno costituisce la prima fase del procedimento di spesa ed è successivo al perfezionamento dell'obbligazione giuridica; gli impegni relativi a spese per acquisizione di beni e servizi devono essere pertanto assunti preventivamente alla fornitura dei beni o alla prestazione dei servizi nell'esercizio finanziario in cui l'obbligazione giuridica si perfeziona e imputati agli esercizi finanziari in cui la spesa diviene esigibile; in caso contrario si attiva la procedura di cui all'art. 73 del decreto legislativo n. 118/2011.»;

e) dopo il comma 8-*quinquies* dell'art. 59 sono aggiunti i seguenti:

«8-*sexies*. In presenza di debiti fuori bilancio derivanti da sentenze esecutive, il dirigente competente per materia, contestualmente alla presentazione dell'iniziativa legislativa per il riconoscimento della legittimità, può autorizzarne il pagamento per evitare il prodursi di oneri finanziari accessori.

8-*septies*. La disposizione di cui al comma 8-*sexies* si applica anche ai debiti fuori bilancio derivanti da sentenze divenute esecutive già alla data di entrata in vigore della legge regionale recante «Legge di revisione normativa e di semplificazione 2019.»».

2. Il comma 2 dell'art. 1 della legge regionale 28 dicembre 2018, n. 23 (Disposizioni per l'attuazione della programmazione economico-finanziaria regionale, ai sensi dell'art. 9-*ter* della legge regionale 31 marzo 1978, n. 34 (Norme sulle procedure della programmazione, sul bilancio e sulla contabilità della Regione) - Collegato 2019) è abrogato.

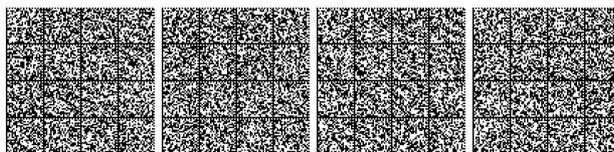
L'art. 3 («Modifiche alla legge regionale n. 20/2003») prevede infine che:

1. Alla legge regionale 28 ottobre 2003, n. 20 (Istituzione del Comitato regionale per le Comunicazioni) sono apportate le seguenti modifiche:

a) alla lettera l) del comma 2 dell'art. 9, sono aggiunte, in fine, le parole: «e nuovi media.»;

b) dopo l'art. 9 è aggiunto il seguente:

«Art. 9-*bis* (Competenze e funzioni in materia di tutela della reputazione digitale, prevenzione e contrasto al cyberbullismo ed educazione all'uso responsabile dei mezzi di comunicazione digitale). — 1. Il CORECOM contribuisce alla diffusione di informazioni sull'uso corretto e responsabile delle tecnologie e dei nuovi mezzi di comunicazione digitale, con particolare attenzione ai minori; promuove e realizza iniziative di studio, prevenzione e contrasto al fenomeno del cyberbullismo e di tutela della reputazione e della identità digitale in rete; fornisce ai cittadini supporto e orientamento in ordine agli strumenti di tutela della reputazione e della dignità digitale.



2. Al fine del più efficace esercizio della funzione di cui al comma 1, è istituito presso il CORECOM un Osservatorio. L'Osservatorio ha finalità di ricerca su temi del bullismo online, degli atti persecutori, dell'adescamento di minorenni, della porno vendetta, delle sfide pericolose, del ritiro sociale, dei gruppi pro-anoressia e dell'istigazione al suicidio, nonché di formazione e assistenza all'uso responsabile delle tecnologie e dei nuovi mezzi di comunicazione digitale.

3. Il CORECOM può sottoscrivere protocolli di intesa con pubbliche amministrazioni, autorità indipendenti e altri soggetti terzi e stipulare accordi con le università lombarde per il finanziamento di assegni di ricerca finalizzati allo svolgimento di specifici progetti per le attività dell'Osservatorio.

4. Per lo svolgimento delle attività previste dal presente articolo, il CORECOM può utilizzare le risorse trasferite dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per l'esercizio delle funzioni delegate.

5. Nell'esercizio delle competenze di cui al presente articolo, il CORECOM tratta, in qualità di titolare del trattamento, dati personali anche di categorie di cui all'art. 9 del regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, per fini di tutela in sede amministrativa e di ricerca di interesse pubblico rilevante ai sensi dell'art. 2-sexies, comma 2, lettera q) e lettera cc), del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE). I tipi di dati, le operazioni eseguibili e le misure adottate per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi degli interessati sono definiti ai sensi dell'art. 2-sexies, comma 1, del decreto legislativo n. 196/2003.»;

c) al comma 2 dell'art. 15, le parole «sono iscritte nel bilancio regionale» sono sostituite dalle seguenti: «sono iscritte nel bilancio del Consiglio regionale»;

d) dopo il comma 2 dell'art. 15 sono aggiunti i seguenti:

«2-bis. Le spese sostenute per l'esercizio delle funzioni delegate per la stipulazione di contratti di lavoro flessibile, a progetto o a tempo determinato sono escluse dal calcolo della spesa per il personale, ai fini del rispetto del limite fissato all'art. 1, comma 557 e seguenti della legge 27 dicembre 2006, n. 296, (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007) qualora interamente finanziate dalle risorse assegnate e trasferite di cui al comma 2, ove sussistano le seguenti condizioni:

a) assenza di ulteriori oneri per la stipulazione di contratti di lavoro flessibile, a progetto o a tempo determinato a carico del bilancio del Consiglio regionale, posto che la copertura dell'intera spesa deve essere garantita dalle risorse assegnate e trasferite per funzioni delegate;

b) assenza di adeguate professionalità all'interno del Consiglio regionale;

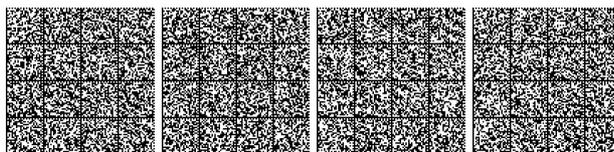
c) durata dei contratti strettamente correlata al perdurare della delega e dei relativi finanziamenti, con esclusione esplicita di ogni possibile aspettativa di futura stabilizzazione.

2-ter. Sono altresì escluse dal computo dei limiti di spesa stabiliti dal decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, o dal contenimento dell'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, comprese le risorse destinate al finanziamento dei titolari di posizione organizzativa o di alta professionalità, come disciplinato dall'art. 23, comma 2, del decreto legislativo 25 luglio 2017, n. 75 (Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, commi 1, lettera a), e 2, lettere b), c), d) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c), e), f), g), h), l) m), n), o), q), r), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124), in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche le spese ivi ricomprese e sostenute per l'esercizio delle funzioni delegate, ove sussistano le seguenti condizioni:

a) le spese sostenute per le singole fattispecie previste dal decreto-legge n. 78/2010 o dal decreto legislativo n. 75/2017, comprese le risorse destinate al finanziamento dei titolari di posizione organizzativa o di alta professionalità, devono essere totalmente coperte dalle risorse assegnate e trasferite per funzioni delegate;

b) i fondi a valere sulle risorse assegnate e trasferite devono mantenere l'originario vincolo di destinazione;

c) devono essere rispettate tutte le prescrizioni della normativa nazionale e della contrattazione collettiva in materia di trattamento economico accessorio.



2-*quater*. In presenza dei presupposti di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 9-*bis* le risorse assegnate e trasferite per l'esercizio delle funzioni delegate possono essere utilizzate per il finanziamento del trattamento accessorio nelle varie forme declinate dal CCNL (produttività, indennità di specifica responsabilità, indennità di posizione e di risultato dei titolari di posizione organizzativa e di alta professionalità, e altre indennità) del personale del Consiglio regionale e, ancorché distaccato presso il CORECOM, della Giunta regionale adibito esclusivamente all'esercizio delle funzioni delegate per il periodo relativo all'esercizio delle deleghe stesse, secondo la disciplina prevista dalla contrattazione collettiva nazionale del comparto.

2-*quinquies*. L'Ufficio di presidenza, nel determinare le risorse finanziarie da inserire nel bilancio del Consiglio regionale ai sensi dell'art. 12, assume determinazioni anche in merito alle risorse finanziarie assegnate al Consiglio regionale per le funzioni delegate di cui all'art. 10 da utilizzare per le specifiche finalità previste ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 9-*bis*. Nel bilancio finanziario gestionale sono conseguentemente individuati specifici stanziamenti per le fattispecie di spesa interamente finanziate con le risorse trasferite al Consiglio regionale per funzioni delegate di cui all'art. 10.»;

e) al comma 1 dell'art. 18, le parole «per l'esercizio finanziario 2018 e successivi» sono sostituite dalle seguenti: «per l'esercizio finanziario 2019 e successivi, nonché con le risorse assegnate dall'Autorità e dagli altri soggetti di cui all'art. 10 iscritte nel bilancio del Consiglio regionale».

Orbene, ritiene il Presidente del Consiglio che le citate disposizioni si pongano in contrasto con l'art. 117 secondo comma lettera 1) Cost. in tema di «ordinamento civile» riservata alla competenza esclusiva dello Stato (art. 2), con l'art. 117 secondo comma lettera *e*) Cost. in tema di debiti fuori bilancio (art. 4) e con gli articoli 117 secondo comma lettera 1) Cost. in tema di «ordinamento civile», terzo comma nella materia concorrente del coordinamento della finanza pubblica, 3 e 97 Cost. (art. 10).

Propone pertanto questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 127 comma 1 Cost. per i seguenti

MOTIVI

Art. 2 della L.R. 9/2019

La norma integra l'art. 1 della legge regionale n. 30/2006, inserendo anche il comma 5-*quaterdecies* in cui si disciplina la procedura di mobilità volontaria per il personale dipendente delle società partecipate della Regione e per il cui trasferimento si osservano le disposizioni statali e del contratto collettivo.

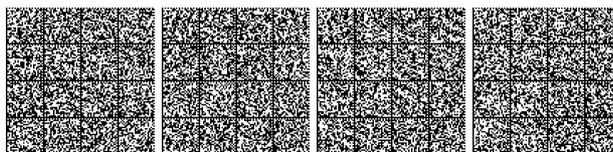
Le procedure di mobilità per le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del decreto legislativo n. 165/2001 erano regolate dai commi 563 e seguenti dell'art. 1 della legge n. 147/2013 (1)

Con l'intervento abrogativo dei commi da 563 a 568 e da 568-*ter* a 569-*bis* ad opera dell'art. 28, lettera *t*) del decreto legislativo n. 175/2016 («Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica»), la citata disciplina è venuta meno e, per effetto di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 19 («Gestione del personale») del medesimo Testo unico, la regolazione è demandata all'osservanza delle norme del Codice civile e, in particolare, dell'art. 2112, (2) salvo che per la tipica procedura di mobilità, cosiddetta di «reinternalizzazione», prevista dal successivo comma 8.

Pertanto, in materia di gestione del personale, non emerge la possibilità per le regioni di legiferare in materia di rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico, in quanto si correrebbe il rischio di una disciplina divergente sul medesimo istituto nell'ambito di ogni regione.

(1) L'art. 1 comma 563 della legge n. 147/2013 così disponeva: «Le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, o dai loro enti strumentali, ad esclusione di quelle emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e delle società dalle stesse controllate, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 31 del medesimo decreto legislativo n. 165 del 2001, possono, sulla base di un accordo tra di esse, realizzare, senza necessità del consenso del lavoratore, processi di mobilità di personale anche in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge, in relazione al proprio fabbisogno e per le finalità dei commi 564 e 565, previa informativa alle rappresentanze sindacali operanti presso la società e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo dalla stessa applicato, in coerenza con il rispettivo ordinamento professionale e senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica. Si applicano i commi primo e terzo dell'articolo 2112 del codice civile. La mobilità non può comunque avvenire tra le società di cui al presente comma e le pubbliche Amministrazioni».

(2) L'art. 19, comma 1, del decreto legislativo n. 175/2016 così dispone: «Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi».



Poiché il citato comma 5-*quaterdecies* è invece intervenuto su tale disciplina, si configura la violazione della competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile, sancita all'art. 117, secondo comma, lettera I) Cost. (cfr. al riguardo la sentenza n. 146/2019).

Art. 4 della legge regionale n. 9/2019

L'art. 4, comma 1, alla lett. e) interviene nella materia dei debiti fuori bilancio, già disciplinata dal decreto legislativo n. 118/2011, il quale, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., rappresenta l'unica disciplina armonizzata dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio cui le Regioni devono fare diretto riferimento, in ossequio alla competenza esclusiva dello Stato.

In particolare, i commi 8-*sexies* e 8-*septies* aggiunti dalla norma in esame all'art. 59, della legge regionale n. 34/1978 si pongono in contrasto con l'art. 73, comma 4, (3) del decreto legislativo n. 118/2011, consentendo il pagamento di debiti fuori bilancio derivanti da sentenze esecutive prima del riconoscimento della loro legittimità.

Al riguardo, si richiama quanto evidenziato dalla Corte dei conti - Sezione regionale di controllo per le Marche nella delibera n. 20/2018/PAR che riporta quanto rappresentato dalla Commissione Arconet nella riunione del 30 marzo 2016 in risposta ad alcuni quesiti riguardanti i debiti fuori bilancio, in relazione all'applicazione della disposizione normativa di cui al punto 5.2, lettera h), dell'allegato 4/2 del decreto legislativo n. 118/2011:

«Se l'impegno riguardante un debito fuori bilancio è registrato in assenza del riconoscimento del debito la procedura contabile di spesa non è legittima. Pertanto non si può procedere all'impegno e alla liquidazione di una spesa registrata successivamente alla nascita dell'obbligazione in assenza del riconoscimento del debito fuori bilancio».

Peraltro, il comma 4 dell'art. 73 del decreto legislativo n. 118/2011 prevede proprio in relazione a di debiti fuori bilancio derivanti da sentenze esecutive, una procedura semplificata di silenzio-assenso, in forza della quale si intende riconosciuta la legittimità di detti debiti fuori bilancio decorsi trenta giorni dalla ricezione della relativa proposta.

Ne consegue che la previsione contenuta nella disposizione impugnata, nel prevedere (al comma 8-*sexies*) che «il dirigente competente per materia, contestualmente alla presentazione dell'iniziativa legislativa per il riconoscimento della legittimità, può autorizzarne il pagamento per evitare il prodursi di oneri finanziari accessori» viene a porsi in contrasto con il citato art. 73 comma 4 del decreto legislativo n. 118/2011, con ciò violando l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

Art. 10 della legge regionale n. 9/2019

L'art. 10 al comma 5 integra l'art. 15 della legge regionale n. 20/2003, in tema di finanziamento delle funzioni esercitate dal CORECOM, inserendo, dopo il comma 2, i commi 2-*bis*, 2-*ter*, 2-*quater* e 2-*quinques*.

In particolare, dai primi tre commi citati risulta che:

— i costi derivanti dalla stipulazione dei contratti di lavoro nelle diverse forme a tempo determinato non sono computabili agli effetti del rispetto dei vincoli di spesa complessiva del personale stabiliti dalla normativa nazionale qualora essi siano interamente finanziati dalle risorse ottenute da terzi, iscritte nel bilancio regionale (comma 2-*bis*);

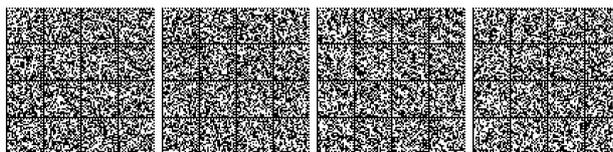
— le spese sostenute per l'esercizio delle funzioni delegate non sono computabili al fine del rispetto dei vincoli di contenimento dei fondi destinati al trattamento accessorio del personale, comprese le risorse deputate al finanziamento dei titolari di posizione organizzativa e di alta professionalità, previsti dalla normativa statale se esse sono totalmente coperte dalle risorse ottenute per lo svolgimento delle funzioni medesime (comma 2-*ter*);

— le risorse acquisite per l'esercizio delle funzioni delegate possono essere utilizzate per incrementare il trattamento economico accessorio del personale ad esse esclusivamente adibito (comma 2-*quater*).

Al riguardo, premesso che ai sensi dell'art. 14 della legge regionale n. 20/2003, (4) il CORECOM, per l'esercizio delle proprie funzioni si avvale del personale della Regione, si evidenzia come le norme suddette hanno in comune un metodo di deroga delle disposizioni statali volte a costituire principi generali di coordinamento della finanza pubblica.

(3) L'art. 73, comma 4, del decreto legislativo n. 118/2011 (nel testo modificato dall'art. 38-*ter*, comma 1, decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58) così dispone: «Al riconoscimento della legittimità dei debiti fuori bilancio di cui al comma 1, lettera a), il Consiglio regionale o la Giunta regionale provvedono entro trenta giorni dalla ricezione della relativa proposta. Decorso inutilmente tale termine, la legittimità di detto debito si intende riconosciuta».

(4) L'art. 14, ai commi 1 e 2, della legge regionale n. 20/2003 così dispone: «Il CORECOM, per l'esercizio delle sue funzioni, si avvale della struttura del Consiglio regionale individuata ai sensi della legge regionale 7 luglio 2008, n. 20 (Testo unico delle leggi regionali in materia di organizzazione e personale). 2. La dotazione organica della struttura operativa del CORECOM è determinata, su proposta del Presidente del Comitato medesimo, dall'Ufficio di Presidenza del Consiglio, ai sensi della legge regionale n. 20/2008 ed è posta alle dipendenze funzionali del CORECOM».



Infatti, i vincoli prescritti dal legislatore nazionale contenuti all'art. 1, commi 557 e seguenti della legge n. 296/2006, quelli previsti ai sensi del decreto-legge n. 78/2010 e dell'art. 23, comma 2 del decreto legislativo n. 75/2017, richiamati nelle descritte norme regionali, rappresentano una regolazione uniforme a cui deve attenersi tutta la pubblica amministrazione il cui rapporto di lavoro è stato contrattualizzato (incluse le regioni) e pertanto sono riconducibili alla materia dell'ordinamento civile, riservata alla potestà legislativa dello Stato (sul punto si vedano le recenti sentenze della Corte n. 146/2019, n. 154/2019 e n. 157/2019).

Ciò posto, si ritiene che le disposizioni in parola nel momento in cui introducono deroghe — non previste dalla normativa nazionale — al rispetto dei vincoli di spesa del personale, nonché all'utilizzo delle risorse acquisite per l'esercizio delle funzioni delegate per incrementare il trattamento economico accessorio, si pongano in conflitto con gli articoli 117, secondo comma, lettera *l*), in materia di ordinamento civile, terzo comma, nella materia concorrente del coordinamento della finanza pubblica. Le stesse disposizioni nel contempo vengono a violare anche gli articoli 3 (in quanto si introduce per la sola Lombardia un regime in violazione del principio di uguaglianza) e 97 comma 1 Cost. (in forza del quale «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico»).

P.Q.M.

Si chiede che codesta Ecc.ma Corte costituzionale voglia dichiarare costituzionalmente illegittimi e conseguentemente annullare gli articoli 2, 4 e 10 della legge della Regione Lombardia 6 giugno 2019, n. 9, per i motivi illustrati nel presente ricorso.

Con l'originale notificato del ricorso si depositeranno:

1. Estratto della delibera del Consiglio dei ministri 6 agosto 2019.

Roma, 6 agosto 2019

Vice avvocato generale dello Stato: DE BELLIS

19C00240

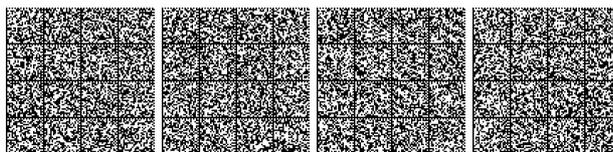
N. 89

*Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 14 agosto 2019
(del Presidente del Consiglio dei ministri)*

Paesaggio - Norme della Regione Abruzzo - Disposizioni dirette al recupero e alla valorizzazione dei trabocchi - Determinazione dei parametri dimensionali di riferimento per gli interventi sui manufatti - Disposizioni per l'autorizzazione paesaggistica.

- Legge della Regione Abruzzo 10 giugno 2019, n. 7 (“Integrazioni e modifiche alla legge regionale 11 agosto 2009, n. 13 (Modifiche ed integrazioni alla L.R. 71/2001 (Rifinanziamento della L.R. n. 93/1994 concernente: Disposizioni per il recupero e la valorizzazione dei trabocchi della costa abruzzese) e norme relative al recupero, alla salvaguardia e alla valorizzazione dei trabocchi da molo, anche detti “caliscendi” o “bilancini”, della costa abruzzese) e alla legge regionale 19 dicembre 2001, n. 71 (Rifinanziamento della L.R. n. 93/1994 concernente: Disposizioni per il recupero e la valorizzazione dei trabocchi della costa teatina”), art. 1, comma 1, lettera *c*), aggiuntivo dei commi 3-bis, 3-ter, 3-quater, 3-quinquies e 3-sexies all'art. 3-ter della legge regionale 11 agosto 2009, n. 13 (“Modifiche ed integrazioni alla L.R. 71/2001 (Rifinanziamento della L.R. n. 93/1994 concernente: Disposizioni per il recupero e la valorizzazione dei trabocchi della costa abruzzese) e norme relative al recupero, alla salvaguardia e alla valorizzazione dei trabocchi da molo, anche detti “caliscendi” o “bilancini”, della costa abruzzese”).

Ricorso per la Presidenza del Consiglio dei ministri (codice fiscale n. 80188230587), in persona del Presidente del Consiglio attualmente in carica, rappresentata e difesa per mandato *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato (codice fiscale n. 80224030587), presso i cui uffici ha domicilio in Roma, via dei Portoghesi n. 12 (fax 0696514000 - PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it), ricorrente, contro la Regione Abruzzo, in persona del Presidente della giunta regionale attualmente in carica, resistente, per l'impugnazione e la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 1, comma 1, della legge della Regione Abruzzo 10 giugno 2019, n. 7, avente ad oggetto «Integrazioni e modifiche alle



leggi regionali 11 agosto 2009, n. 13 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale n. 71/2001 (Rifinanziamento delle leggi regionali n. 93/2004 concernente: disposizioni per il recupero e la valorizzazione dei trabocchi della costa abruzzese) e norme relative al recupero, alla salvaguardia e alla valorizzazione dei trabocchi da molo, anche detti “caliscendi” o “bilancini”, della costa abruzzese) e 19 dicembre 2001, n. 71 (Rifinanziamento della legge regionale n. 93/1994 concernente: disposizioni per il recupero e la valorizzazione dei trabocchi della costa teatina)», pubblicata nel B.U.R. n. 104 del 14 giugno 2019.

Con la legge 10 giugno 2019, n. 7, la Regione Abruzzo Sicilia ha inteso con sette articoli introdurre modificazioni a proprie precedenti leggi, e precisamente alla legge n. 13/2009 (che a sua volta aveva modificato la legge n. 71/2001 di rifinanziamento del recupero e della valorizzazione dei trabocchi della costa abruzzese), e alla stessa legge n. 71/2001; con l'occasione ha pure dettato disposizioni per la stagione balneare 2019.

Una norma di questa legge, ad avviso della Presidenza del Consiglio dei ministri, si pone in contrasto con la Costituzione laddove confligge con le norme del Codice dei beni culturali e del paesaggio e quindi interviene indebitamente in una materia riservata alla competenza esclusiva dello Stato.

Pertanto, la legge stessa deve essere impugnata per il seguente

MOTIVO

1. Illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera *c*) della legge Regione Abruzzo 10 giugno 2019, n. 7, per contrasto con l'art. 9 e l'art. 117, comma 2, lettera *s*) della Costituzione.

La norma in questione modifica in più parti l'art. 3-ter della precedente legge regionale 11 agosto 2009, n. 13, sia sostituendone il titolo sia apportando diverse integrazioni e/o sostituzioni.

Per la parte che qui interessa, la lettera *c*) del comma 1, aggiunge al comma 3 dell'art. 3-ter della legge regionale n. 13/2009 i commi 3-bis, 3-ter, 3-quater, 3-quinquies e 3-sexies.

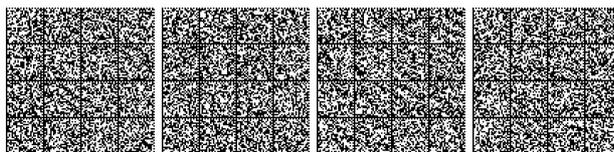
Il comma 3-bis testualmente prevede: «Limitatamente ai trabocchi, al fine di ottimizzare e valorizzare l'attività di ristorazione svolta dagli stessi in relazione all'effettiva esigenza dei flussi turistici e delle visite didattico-culturali provenienti dal territorio regionale ed extra regionale, è definita una superficie complessiva di occupazione massima di 2.000 metri quadrati comprensiva di specchio acqueo e strutture componenti il trabocco. Nell'ottica del perseguimento degli scopi didattico-culturali richiamati nel presente comma, il titolare della struttura promuove la diffusione della storia del trabocco, quale elemento essenziale della tradizione locale; per i medesimi fini la Regione Abruzzo, nell'ambito delle risorse stanziare annualmente in bilancio per le attività turistiche e culturali, d'intesa con i titolari delle strutture, sostiene visite guidate sui trabocchi, nell'ottica soprattutto di promuovere l'immagine della costa teatina dei trabocchi sull'intero territorio nazionale ed extra nazionale».

Il comma 3-ter dispone che «La parte di struttura componente il trabocco destinata a ristorazione aperta al pubblico non può eccedere la superficie di 160 metri quadrati calpestabili e la parte di struttura destinata ai servizi accessori connessi alla ristorazione, quali cucina e servizi, non può eccedere la superficie di 50 metri quadrati calpestabili. L'attività di ristorazione può essere svolta sul trabocco con un'accoglienza massima di sessanta persone, inclusi ospiti e personale».

Il comma 3-quater prevede che «La superficie occupata dalla passerella d'accesso è esclusa dal computo dei parametri massimi individuati dal comma 3-ter. La relativa superficie è determinata in base alla distanza del trabocco dalla costa. La larghezza massima consentita della passerella di accesso è di due metri, adeguata alla normativa vigente in materia di sicurezza per la pubblica incolumità delle persone ed a quella in materia di abbattimento delle barriere architettoniche».

Il comma 3-quinquies si limita a subordinare alle norme edilizie statali e alla norme igienico sanitarie gli interventi di recupero, utilizzazione e ristrutturazione dei trabocchi entro i limiti di superficie già stabiliti.

Il comma 3-sexies, infine, dispone: «Per i trabocchi situati in aree sottoposte a vincolo paesaggistico e per quelli vincolati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137), gli interventi di recupero, utilizzazione e ristrutturazione sono in ogni caso consentiti previa autorizzazione dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo. Restano comunque ferme le prescrizioni in materia poste da norme ambientali o paesaggistiche nazionali e regionali».



Si tratta, come si legge, di disposizioni dirette al recupero e alla valorizzazione del cosiddetti trabocchi.

I trabocchi sono antiche costruzioni realizzate in legno, e consistono in una piattaforma protesa sul mare ancorata alla roccia dalla quale si allungano macchine da pesca; essi sono tutelati ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo n. 42/2004 - Parte III, art. 142, in quanto ricadenti nella fascia costiera di cui alla lettera *a*) del medesimo articolo, ed in parte anche in quanto ricadenti all'interno del perimetro di riserve naturali regionali (Sistema di aree protette della costa teatina) di cui alla lettera *f*); alcuni di essi sono altresì tutelati in quanto ricadenti in ambiti dichiarati di notevole interesse pubblico con decreto ministeriale.

Inoltre, la Soprintendenza archeologia, belle arti e paesaggio dell'Abruzzo ha avviato per undici trabocchi della costa teatina la dichiarazione di interesse culturale ai sensi della parte II del decreto legislativo n. 42/2004 e, nell'ambito della co-pianificazione paesaggistica in corso, sono stati identificati e mappati ventidue trabocchi come elementi identitari regionali.

Ed è la stessa Regione Abruzzo, con le normative pregresse incise da quest'ultima ad aver riconosciuto i trabocchi come «beni culturali primari» sottoposti a tutela.

Ora, è vero che l'art. 5 del Codice dei beni culturali, intitolato «Cooperazione delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali in materia di tutela del patrimonio culturale» prevede che «Le regioni, nonché i comuni, le città metropolitane e le province [...] cooperano con il Ministero nell'esercizio delle funzioni di tutela in conformità a quanto disposto dal titolo I della parte seconda del presente codice». Ma è altrettanto vero che le norme regionali in questione, dettando unilateralmente una disciplina di beni tutelati, si pongono in contrasto con il principio di collaborazione istituzionale espresso dalla norma statale.

Così come le stesse urtano con il medesimo principio espresso, sotto diverso profilo, dall'art. 133 del medesimo codice laddove è stabilito che «Il Ministero e le regioni definiscono d'intesa le politiche per la conservazione e la valorizzazione del paesaggio tenendo conto anche degli studi, delle analisi e delle proposte formulati dall'Osservatorio nazionale per la qualità del paesaggio, istituito con decreto del Ministro, nonché dagli osservatori istituiti in ogni regione con le medesime finalità».

Va inoltre ricordato che, ai sensi dell'art. 1, comma 6, del decreto legislativo n. 42/2004 le attività concernenti la conservazione, la fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale devono essere svolte in conformità alla normativa di tutela, che ai sensi dell'art. 6, comma 2, del medesimo decreto legislativo la valorizzazione dei beni del patrimonio culturale è altresì attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze, e che infine ai sensi dell'art. 7, comma 1, del Codice le regioni esercitano la propria potestà legislativa nel rispetto dei principi fondamentali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale fissati dal Codice stesso.

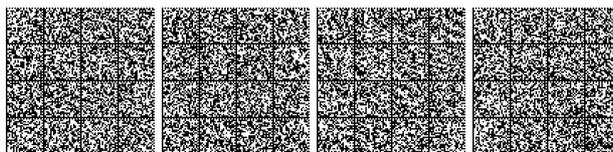
In sostanza, le norme statali fissate dagli articoli 3, 5, 6, 21, 133, 134 e 146 del Codice dei beni culturali costituiscono paradigmi interposti, il contrasto con i quali rende la legge regionale invasiva della competenza legislativa statale nella materia della tutela del patrimonio culturale e del paesaggio, competenza garantita dall'art. 117, comma 2, lettera *s*) della Costituzione.

Ed è un contrasto evidente ove si osservi che la norma regionale, nel fissare parametri dimensionali di riferimento per gli interventi sui manufatti con valori non previsti dalle norme statali di settore, incide su una materia che non spetta alla disciplina regionale, anche se formalmente richiama come necessari provvedimenti autorizzativi statali.

E per di più interferisce con i Piani demaniali marittimi comunali (PDMC) laddove essi contengono specifiche molto più restrittive di quelle proposte dalla legge in esame.

Nel dettaglio, il comma 3-*bis* dell'art. 3-*ter* della legge regionale n. 13/2009, introdotto dalla lettera *c*) dell'art. 1 della legge qui censurata, definisce per i trabocchi una superficie complessiva di occupazione massima di 2.000 mq ripartita tra specchio acqueo e strutture componenti il trabocco stesso.

L'introduzione della fattispecie della «superficie massima di occupazione», comprensiva dello specchio acqueo, con la finalità di «ottimizzare e valorizzare l'attività di ristorazione», peraltro ambiguamente connessa a «scopi didattico-culturali», e senza alcuna chiarezza in merito alla relazione tra detta nuova categoria di superficie e «l'area circostante, compreso il tratto di mare per una fascia di 50 m» già individuata dall'art. 2 della legge regionale n. 71/2001, non risulta garantire ad avviso della Presidenza del Consiglio dei ministri la necessaria tutela del «quadro d'insieme» di cui all'art. 1 della legge regionale n. 93/1994, assoggettata ai sensi dell'art. 2 e dell'art. 3, comma 3 della legge regionale n. 71/2001 alla parte III del decreto legislativo n. 42/2004.



Il successivo comma 3-ter dispone che la parte di struttura componente il trabocco destinata a ristorazione aperta al pubblico non può eccedere la superficie di 160 metri quadrati calpestabili e la parte di struttura destinata ai servizi accessori connessi alla ristorazione, quali cucina e servizi, non può eccedere la superficie di 50 metri quadrati calpestabili. L'attività di ristorazione può essere svolta sul trabocco con un'accoglienza massima di sessanta persone, inclusi ospiti e personale».

La norma modificata già conteneva un limite massimo di ampliamento pari al 20% della superficie coperta esistente, fissato al comma 1 dell'articolo in questione (comma non modificato); i parametri dimensionali introdotti nel nuovo comma 3-ter sono censurabili in quanto si estendono a considerare più complessivamente la superficie «calpestabile»; essi, in particolare, si manifestano di oscura e preoccupante applicazione nel caso dei trabocchi «abbandonati e scomparsi» qualora non sia acclarata, o non sia agevole acclarare, la superficie originaria degli stessi. Inoltre, l'evidente favore accordato all'introduzione di servizi di ristorazione nei trabocchi comporta senza dubbio il rischio di compromettere di fatto il carattere storico-culturale che la stessa legge regionale n. 93/1994 si prefiggeva di tutelare, enunciando all'art. 1: «La regione intende perseguire una puntuale tutela del patrimonio storico-culturale e ambientale rappresentato dai trabocchi della costa abruzzese e promuove un recupero e una utilizzazione dei beni stessi non contrastanti con la loro naturale destinazione, né pregiudizievoli per i valori estetici, tecnologici tipici e paesaggistici degli stessi».

I nuovi parametri di superficie previsti risultano pertanto censurabili, perché consentono ampliamenti e trasformazioni in netto contrasto con le esigenze di tutela del bene perseguite dalla legge statale.

Ancora, il successivo comma 3-quater prevede che la superficie occupata dalla passerella d'accesso non rientri nel computo dei parametri massimi individuati dal comma 3-ter, che la stessa superficie sia determinata in base alla distanza del trabocco dalla costa, e che la larghezza massima consentita della passerella di accesso sia di due metri, adeguata alla normativa vigente in materia di sicurezza per la pubblica incolumità delle persone ed a quella in materia di abbattimento delle barriere architettoniche. L'ampiezza massima consentita per la passerella risulta del tutto incoerente con la configurazione storico-tradizionale tutelata.

Infine, il comma 3-sexies, infine dispone che per i trabocchi situati in aree sottoposte a vincolo paesaggistico e per quelli vincolati gli interventi di recupero, utilizzazione e ristrutturazione sono in ogni caso consentiti previa autorizzazione dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo, con salvezza delle prescrizioni in materia poste da norme ambientali o paesaggistiche nazionali e regionali.

Detta previsione non è coerente con le norme in materia di tutela dettate dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (vedasi in particolare l'art. 146 del Codice dei beni culturali) che in tema di autorizzazione stabilisce specifiche procedure.

Le norme regionali indicate, quindi, violando i parametri interposti citati contenuti nel Codice dei beni culturali ed il paesaggio, risultano quindi eccedere dalle competenze regionali, in violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela del paesaggio di cui agli articoli 9 e 117, secondo comma lettera s) della Costituzione.

P.Q.M.

La Presidenza del Consiglio dei ministri come sopra rappresentata e difesa, conclude affinché la Corte costituzionale voglia accogliere il presente ricorso e per l'effetto dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera c) della legge regionale Abruzzo 10 giugno 2019, n. 7.

Roma, 12 agosto 2019

L'Avvocato dello Stato

CORSINI

19C00241



N. 90

Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 14 agosto 2019
(del Presidente del Consiglio dei ministri)

Turismo - Norme della Regione Siciliana - Norme per lo sviluppo del turismo nautico - Disciplina dei “marina resort” - Disciplina delle modalità di insediamento, delle competenze sui procedimenti autorizzatori e di controllo - Definizione e individuazione di requisiti tecnici delle strutture - Procedimento per il riconoscimento dell’attività delle strutture esistenti - Estensione dell’applicazione della disciplina, ove compatibile, alle attività di “Boat and breakfast”.

- Legge della Regione Siciliana 7 giugno 2019, n. 8 (Norme per lo sviluppo del turismo nautico. Disciplina dei marina resort. Norme in materia di elezioni degli organi degli enti di area vasta), artt. 1, comma 2; 2; 3, comma 7; e 5.

Ricorso della Presidenza del Consiglio dei ministri (codice fiscale n. 80188230587), in persona del Presidente del Consiglio attualmente in carica, rappresentata e difesa per mandato *ex lege* dall’Avvocatura generale dello Stato dall’Avvocatura generale dello Stato (codice fiscale n. 80224030587), presso i cui uffici ha domicilio in Roma, via dei Portoghesi n. 12 (fax 0696514000 - PEC ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it), ricorrente;

Contro Regione Sicilia, in persona del Presidente della Giunta Regionale attualmente in carica, resistente;

Per l’impugnazione e la dichiarazione di incostituzionalità degli articoli 1, comma 2, 2, 3, comma 7, e 5 della legge della Regione Sicilia 7 giugno 2019, n. 8, avente ad oggetto «Norme per lo sviluppo del turismo nautico. Disciplina dei marina resort. Norme in materia di elezioni degli organi degli enti di area vasta», pubblicata sul BUR n. 27 dell’11 giugno 2019.

Con la legge 7 giugno 2019 n. 8 la Regione Sicilia ha inteso disciplinare in otto articoli il turismo nautico praticato nelle strutture denominate «Marina Resort» (Titolo I) e dettare disposizioni per regolare la nomina degli organi negli enti di area vasta (Titolo II).

La legge, per la parte che interessa il corretto riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni, si propone di promuovere il turismo nautico quale strumento per lo sviluppo economico ed occupazionale del territorio regionale attraverso la disciplina delle modalità di insediamento delle strutture ricettive denominate «Marina Resort», del loro regime autorizzatorio e dei relativi controlli.

Come noto, ai sensi dello statuto speciale di autonomia della Regione Sicilia (art. 14, lettera n) del regio decreto n. 455/1945 convertito nella legge costituzionale n. 2/1945) a materia del turismo è riservata alla competenza legislativa esclusiva regionale purché esercitata nei limiti delle leggi costituzionali dello Stato e, per quanto qui interessa, nel rispetto sia della competenza legislativa esclusiva dello Stato, sia delle norme fondamentali di riforma economico sociale della Repubblica.

Ad avviso della Presidenza del Consiglio dei ministri, talune delle norme contenute nella legge regionale sopra citata esorbitano da quei limiti, e devono pertanto essere impugnate per i seguenti

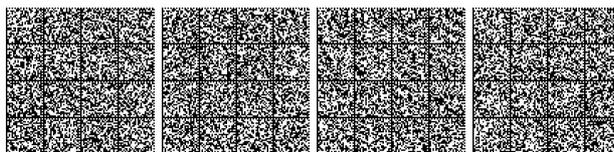
MOTIVI

1) illegittimità costituzionale dell’art. 1, comma 2, della legge Regione Sicilia 7 giugno 2019 n. 8 per contrasto con l’art. 117, comma 2, lettera e) della Costituzione e, ove occorra, con l’art. 14, lettera n) dello Statuto approvato con regio decreto legislativo 15 maggio 1946 n. 445.

La norma in rubrica rivendica alla competenza regionale la disciplina delle modalità di insediamento dei «Marina resort», dei procedimenti volti ad autorizzarne l’esercizio, e le funzioni di controllo da esercitarsi da parte della stessa Regione e dei suoi comuni.

La norma trascura il fatto che le strutture di turismo nautico in genere, e dei «Marina resort» in particolare, sono destinate ad occupare e ad utilizzare il demanio marittimo in regime di concessione, e che le concessioni demaniali marittime sono assentite secondo le regole statali ispirate alle regole della concorrenza.

La disciplina delle concorrenza spetta alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, che nell’ambito delle concessioni demaniali marittime ha inteso esercitarla in modo organico e definito con la recente legge 30 dicembre 2018 n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021).



Si tratta di competenza che non può che spettare allo Stato nell'ottica di un'uniforme disciplina della materia su tutto il territorio nazionale (la conformità della penisola fa sì che l'intero Paese sia interessato all'uso del demanio marittimo) e di armonizzazione delle regole nazionali con il sistema comunitario.

Il legislatore statale ha previsto (art. 1, comma 675) che il generale riordino del sistema delle concessioni demaniali marittime sia attuato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con altri Ministri.

Tra gli obiettivi del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri figura espressamente la «revisione organica delle norme connesse alle concessioni demaniali marittime (art. 1, comma 677, lettera c), il riordino delle concessioni «tramite individuazione di ... modalità di rilascio e termini di durata della concessione» (art. 1, comma 677 lettera d), la fissazione affidata ad uno specifico decreto del Presidente del Consiglio dei ministri dei «criteri tecnici ai fini dell'assegnazione delle concessioni sulle aree demaniali marittime» (art. 1, comma 680).

Peraltro, ai sensi del comma 677 dell'art. 1 della legge n. 145/2018 anche i requisiti soggettivi delle imprese turistico ricreative operanti sul demanio marittimo sono definiti a cura dello Stato in modo da valorizzare la tutela e la più proficua utilizzazione del demanio marittimo, secondo criteri specificamente indicati dalla stessa norma.

È quindi evidente che, in presenza di una normativa statale che, in ossequio ai principi di tutela della concorrenza, disciplina - rivendicandola allo Stato - la materia delle concessioni demaniali marittime, la Regione Sicilia non possa esercitare alcuna competenza legislativa volta a regolare le «modalità» di insediamento dei «Marina resort», perché tali modalità attengono necessariamente all'ambito concessorio.

Così come nessuna competenza legislativa regionale può legittimamente riguardare l'autorizzazione all'insediamento, perché a tutta evidenza l'autorizzazione in questione presuppone l'accertamento e la valutazione dei requisiti dell'operatore economico destinatario della concessione, e questo aspetto spetta allo Stato per le norme ora ricordate.

Non secondaria inoltre è la considerazione che la legge regionale in questione si occupa, riservandola alla propria normativa, solo dei «Marina resort», ma non tutti i porti turistici sono definibili con questo termine. Ne deriverebbe un'indebita situazione di disordine legislativo nella quale i porti turistici non definibili «Marina Resort» sarebbero soggetti alla regola della legge statale, mentre i «Marina resort» sarebbero disciplinati dalla legge regionale, laddove entrambe le strutture turistiche occupano il demanio marittimo e pertanto soggiacere ad una stessa regola.

La norma regionale in questione è quindi illegittima perché attrae alla competenza regionale la pretesa di disciplinare una materia che, dovendo invece essere ispirata ai principi della concorrenza, non può che appartenere alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

2) Illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Sicilia 7 giugno 2019 n. 8 per contrasto con l'art. 117, compia 2, lettera e) della Costituzione e, ove occorra, con l'art. 14, lettera n) dello Statuto approvato con regio decreto legislativo 15 maggio 1946 n. 445.

Analoghe considerazioni di censura vanno indirizzate anche nei confronti della disposizione in epigrafe citata.

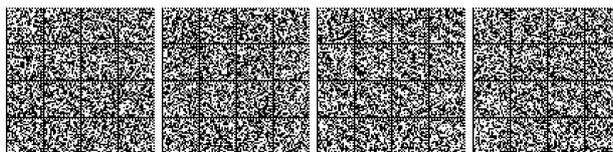
Essa provvede (in modo del tutto non originale, dato che la formulazione «copia» il testo dell'art. 32, comma 1, della legge n. 164/2014) a definire il «Marina resort» quale struttura turistico ricettiva all'aperto, organizzata per la sosta ed il pernottamento di turisti all'interno delle proprie unità da diporto, ormeggiate nello specchio acqueo appositamente attrezzato.

Di seguito la norma stessa prevede che specifiche disposizioni regionali attuative debbano fissare i requisiti tecnici delle strutture in questione al fine di comprovarne l'idoneità a fornire i servizi accessori.

Ed ancora, definisce le caratteristiche dello specchio acqueo destinato ad essere occupato dai «Marina resort», fissa contenuti obbligatori del servizio da prestarsi, e riserva alla Giunta regionale la individuazione delle modalità di apertura e di esercizio dei «Marina resort».

Anche questa previsione occupa indebitamente lo spazio che il legislatore statale ha riservato a sé.

Infatti, i requisiti tecnici delle strutture destinate alla nautica da diporto, nonché la capacità dei loro gestori ad offrire servizi all'utenza, sono materie che attengono all'accesso ad un determinato settore di mercato. Nella prospettiva, notoriamente imposta dalla normativa comunitaria ad un recalcitrante legislatore nazionale, di affidamento delle concessioni demaniali marittime mediante procedura competitiva, l'individuazione dei requisiti tecnico professionali dei concorrenti aspiranti concessionari è una delle condizioni necessarie ad assicurare la tutela della concorrenza. Esattamente come avviene per gli appalti pubblici, i requisiti dei concorrenti - ossia la loro «qualificazione» - costituiscono regola di accesso al mercato e non può che spettare allo Stato per la più che ovvia considerazione della necessità di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale.



Per questo la legge statale ha riservato alla competenza dello Stato «i principi ed i criteri tecnici ai fini dell'assegnazione delle concessioni sulle aree demaniali marittime» (art. 1, comma 680, della legge n. 145/2019).

Per questo la legge statale ha previsto una serie di parametri cui ispirare la qualificazione delle imprese turistico ricreative che aspirano a divenire concessionarie del demanio marittimo (art. 1, comma 677, della legge n. 145/2019: sostenibilità ambientale, qualità e professionalità dell'accoglienza e dei servizi, accessibilità, qualità e modernizzazione delle infrastrutture, sicurezza e vigilanza, sistema di rating delle imprese), e ciò ha fatto nell'intento di valorizzare la tutela e la più proficua utilizzazione del demanio marittimo.

Non vi è spazio dunque per l'esercizio di potere legislativo regionale. Sotto un distinto, ma concorrente profilo, le «modalità di apertura e di esercizio dei Marina resort», che il comma 3 della norma qui censurata deferisce alla competenza della Giunta regionale, altro non sono che le modalità di esercizio di una concessione demaniale marittima, che lo Stato ha riservato a se nel prevedere «la revisione organica delle norme connesse alle concessioni demaniali marittime» (art. 1, comma 677, lettera c) della legge n. 145/2019).

La norma in epigrafe citata, dunque, in quanto invasiva della competenza legislativa esclusiva statale in materia di concorrenza, è costituzionalmente illegittima.

3) Illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge della Regione Sicilia 7 giugno 2019 n. 8 per contrasto con l'art. 117, comma 2, lettera e) della Costituzione e, ove occorra, con l'art. 14, lettera n) dello Statuto approvato con regio decreto legislativo 15 maggio 1946 n. 445.

La disposizione in rubrica denunciata prevede che le strutture già esistenti ed in attività alla data di entrata in vigore della legge regionale, in possesso di tutti i requisiti previsti dall'art. 2 posso, mediante comunicazione al comune in cui sono insediate ed al dipartimento regionale delle infrastrutture, della mobilità e dei trasporti, ottenere il riconoscimento dell'attività.

In realtà, come già in precedenza evidenziato, i requisiti abilitanti all'attività di gestore di un «Marina resort» - cioè all'attività di concessionario del demanio marittimo - non possono essere fissati dalla norma regionale ma devono essere fissati dal legislatore statale.

Ciò è previsto, con i ricordati necessari riflessi sul regime della concorrenza, dai commi 677 e 680 dell'art. 1 della legge n. 145/2019 che affida ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri l'individuazione dei requisiti in parola.

E di conseguenza non può essere l'ente locale ad autorizzare l'operatore alla continuazione dell'esercizio della concessione demaniale marittima, sulla base della mera comunicazione (verificata?) di requisiti fissati dalla norma regionale, dal momento che spetta ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri - ai sensi dell'art. 1 della legge n. 145/2019 - la generale revisione delle concessioni demaniali marittime in essere.

Ne deriva che anche questa disposizione regionale di rivela come indebitamente invasiva della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di concorrenza e pertanto deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima.

4) Illegittimità costituzionale dell'art. 5 della legge della Regione Sicilia 7 giugno 2019 n. 8 per contrasto con l'art. 117, comma 2, lettera e) della Costituzione e, ove occorra, con l'art. 14, lettera n) dello Statuto approvato con regio decreto legislativo 15 maggio 1946 n. 445.

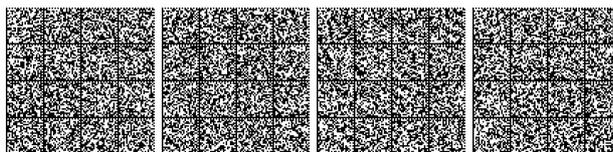
La norma in questione estende ai «Boat and Breakfast» le disposizioni dettate per i «Marina resort» e per questo incorre nelle medesime criticità.

Il «Boat and Breakfast» è una forma di esercizio di attività turistico ricettiva mediante ospitalità in imbarcazioni ormeggiate negli spazi acquei, fornendo ai turisti viene il pernottamento in cabina e (almeno) la prima colazione.

L'ormeggio viene consentito, ovviamente a titolo oneroso quando non esercitato in proprio, dai concessionari degli spazi acquei, e quindi anche il «Boat and Breakfast» (sia se praticato in proprio, sia se assentito a terzi) è una modalità di esercizio di una concessione demaniale marittima. Come tale esso non può essere assoggettato alla normativa regionale, ma deve soggiacere quanto alla definizione dei requisiti e alle modalità di esercizio, alla normativa statale.

Come la norma regionale estende al «Boat and Breakfast» le disposizioni regionali in materia di «Marina resort» qui censurate (art. 1, comma 2, 2, 3, comma 7 e 5), così le medesime censure dedotte contro quelle disposizioni - qui richiamate e riprodotte - valgono anche per l'art. 5 della legge regionale.

E quindi anche questa norma deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 117, comma 2, lettera s) della Costituzione.



P.Q.M.

La Presidenza del Consiglio dei ministri come sopra rappresentata e difesa, conclude affinché la Corte costituzionale voglia accogliere il presente ricorso e per l'effetto dichiarare l'illegittimità costituzionale degli articoli 1, comma 2, 2, 3, comma 7 e 5 della legge Regionale della Sicilia 7 giugno 2019 n. 8.

Roma, 8 agosto 2019

L'Avvocato dello Stato: CORSINI

19C00242

N. 148

Ordinanza del 22 gennaio 2019 della Commissione tributaria provinciale di Genova sul ricorso proposto da Acquaefarina di Della Noce Massimo & C. sas, Cuzzi Marco e Della Noce Massio contro Agenzia delle entrate.

Imposte e tasse - Imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) - Redditi di partecipazione a società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice - Imputazione al socio "indipendentemente dalla percezione".

– Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi), art. 5.

LA COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE DI GENOVA

SEZIONE 1^a

runita con l'intervento dei signori:

Delucchi Marcello, Presidente e relatore;

Castelli Franco, Giudice;

Morbelli Luca, Giudice;

Ha emesso la seguente ordinanza sul ricorso n. 93/2018 depositato il 17 gennaio 2018:

avverso avviso di accertamento n. TL3022303439/2017 IVA-ALTRO 2011;

avverso avviso di accertamento n. TL3022303439/2017 IRAP 2011;

Contro: Agenzia delle entrate direzione provinciale Genova.

Proposto dai ricorrenti: Cuzzi Marco - viale Monza, 191 - 20126 Milano (MI).

Difeso da: Naio Francesco - piazza Duse, 2 - 20100 Milano (MI).

Difeso da: Pacchiarotti Fabrizio Gaetano - Piazza Duse, 2 - 20145 Milano (MI).

Terzi chiamati in causa:

Acquaefarina Di Dellanoce Massimo & C. S.A.S via Garibaldi, 1 - 16035 Zoagli (GE).

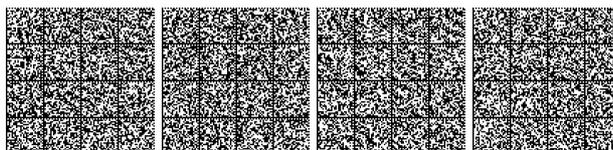
Dellanoce Massimo - via G. Matteotti, 23 - 20089 Rozzano (MI).

CONCLUSIONI

Per il ricorrente: accogliere per la forma il presente ricorso e, del pari, accogliendone le motivazioni di rito e di merito, *rejectis adversis*:

1. — in via cautelare accogliere l'istanza di sospensione dell'avviso, anche ai sensi dell'art. 47, comma 3, del decreto legislativo n. 546/1992;

2. in via preliminare e assorbente, riconoscere e dichiarare, illegittimo, infondato, nullo o comunque annullare integralmente l'atto impugnato per vizi afferenti alla sottoscrizione (1° motivo);



3. in via principale, con riferimento ai rilievi in materia di IRAP e IVA, riconoscere e dichiarare illegittimo, infondato, nullo o comunque annullare l'avviso per difetto di legittimazione passiva del sig. Cuzzi, essendo debiti riferibili esclusivamente alla società e per i quali non sussiste alcuna responsabilità, neanche solidale, del Contribuente nella sua qualità di socio accomandante (2° motivo), nonché per mancata escussione preventiva del patrimonio della società (3° motivo);

4. in via principale, con riferimento all'accertamento del reddito ai fini IRPEF e relative addizionali, riconoscere e dichiarare illegittimo, infondato, nullo o comunque annullare l'atto impugnato per assoluta carenza del presupposto impositivo in capo al sig. Cuzzi, nonché per violazione del principio di capacità contributiva (4° motivo);

5. in subordine, e in ogni caso, riconoscere e dichiarare la non debenza di alcuna somma a titolo di sanzioni e di interessi in ragione della carenza di qualsiasi profilo di colpevolezza ascrivibile al sig. Cuzzi (5° motivo).

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di lite e con riserva di produrre in seguito noti memorie, richieste istruttorie e quant'altro ritenuto opportuno o necessario.

Per l'Agenzia delle entrate:

chiede che codesta onorevole commissione tributaria provinciale adita, *contrariis reiectis*:

in via pregiudiziale, dichiarare l'inammissibilità dell'adverso ricorso per difetto di legittimazione attiva del ricorrente in relazione alla domanda di annullamento integrale dell'avviso di accertamento 7-27 cui vi è causa, resosi peraltro definitivo per mancata impugnazione, stante la violazione dell'art. 18 decreto legislativo n. 546/92;

in via principale, considerato che l'avviso di accertamento societario è stato notificato al ricorrente soltanto per conoscenza e per trasparenza (in virtù delle disposizioni contenute nell'art. 5 del T.U.I.R.) dichiarare la cessazione della materia del contendere.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con l'avviso di cui in epigrafe emesso in data 10 agosto 2017 l'Agenzia delle entrate di Genova accertò nei confronti della società Acquaefarina di Dellanoce Massimo & C. s.a.s. nonché dei soci Marco Cuzzi e Della Noce Massimo per il 2011 un reddito di impresa (ai fini delle II.DD.) ed un valore della produzione (ai fini IRAP) pari ad euro 79.908,00 nonché l'avvenuta effettuazione di operazioni imponibili (ai fini IVA) pari ad euro 217.365,00. Liquidò le conseguenti maggiori imposte ed irrogò una sanzione pecuniaria di euro 79.387,20.

Considerò l'ufficio che la società, esercente attività di ristorazione in Zoagli, pur risultando attiva dal marzo del 2006 non aveva presentato alcuna dichiarazione dei redditi per l'anno in esame; né aveva fornito risposta alcuna alla richiesta di chiarimenti rivolta nella fase preaccertativa; né alcuno dei suoi esponenti si era presentato per attivare un contraddittorio.

E rilevò che la stessa:

continuava a svolgere attività imprenditoriale (come comprovato dalla presenza di una posizione contributiva INPS, da utenze per forniture idrica, telefonica ed elettrica e dai dati dello spesometro);

nel maggio del 2010 aveva ceduto a terzi un ramo di azienda conseguendo una plusvalenza di euro 22.998,00;

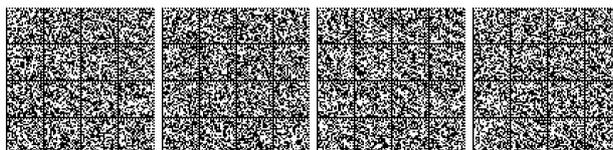
nel modello 730 aveva dichiarato la presenza di quattro dipendenti ai quali erano state corrisposte retribuzioni per complessivi euro 65.123;

dalla comunicazione annuale dei dati IVA presentata dal depositario delle scritture contabili si evinceva l'esistenza di operazioni attive per euro 217.365 ed operazioni passive per 146.057;

nell'aprile del 2011 aveva stipulato un contratto di affitto di azienda del canone annuo di euro 12.000.

Sulla scorta di tali premesse — che tutte militavano in favore di una attività economica in regolare svolgimento — l'ufficio determinò in via induttiva il reddito di impresa e le operazioni societarie fiscalmente rilevanti, accertando l'imponibile per trasparenza anche nei confronti dei soci, pervenendo alle risultanze di cui innanzi.

Avverso tale avviso propose ricorso in questa sede Marco Cuzzi, socio accomandante, eccependone preliminarmente la nullità sul rilievo che il documento non risultava sottoscritto dal capo dell'ufficio, come previsto dalla legge, bensì dalla dott.ssa Silvana Trematerra; funzionario delegato dei cui poteri nulla era dato conoscere.



Nel merito — e con riferimento all'irap ed all'iva — eccèpi il proprio difetto di legittimazione passiva nella considerazione che detti tributi, costituendo un debito proprio della società, erano estranei alla propria qualità di socio accomandante, responsabile tra l'altro nei limiti della quota conferita. In ogni caso — aggiunte — l'Ufficio avrebbe dovuto preventivamente escutere il patrimonio societario valendo, ai sensi degli artt. 2304 e 2315 c.c., il principio della responsabilità dei soci solo in via sussidiaria; prova che l'agenzia non aveva fornito.

Con riferimento, poi, al maggior reddito accertato ai fini irpef e relative addizionali, informò che ben prima dell'annualità in controversia egli era stato tenuto all'oscuro dell'andamento societario da parte del socio accomandatario che aveva sistematicamente omesso di fornirgli qualsiasi informazione in merito allo svolgimento degli affari sociali; e ciò nonostante egli avesse prestato garanzia fideiussoria e tentato a più riprese, anche mediante il ricorso ad un procedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., di ottenere le dovute informazioni. Né egli era in possesso di alcuna notizia circa la regolarità nella presentazione delle dichiarazioni annuali, nei versamenti, nelle esposizioni debitorie della società e nelle relative disponibilità, delle quali mai aveva beneficiato.

Quanto innanzi — considerò — doveva essere tenuto in considerazione non solo con riguardo all'impossibilità a difendersi e contestare nel merito la pretesa fiscale, ma anche con riguardo all'assenza di un presupposto impositivo riferibile alla sua persona; poiché egli, non avendo avuto alcuna possibilità di fruire dei redditi eventualmente prodotti, non aveva avuto alcuna capacità di disporre e quindi di possederli così come previsto dall'art. 1, con riferimento all'art. 5, TUIR.

Le anzidette considerazioni — concluse — valevano anche ad escludere ogni profilo di colpevolezza (da attribuirsi semmai al socio accomandatario); onde illegittima si appalesava la propria condanna al pagamento di sanzioni ad essa correlate.

L'ufficio, nel costituirsi, contestò le opposte pretese delle quali chiese il rigetto denunciandone l'infondatezza.

Premessa l'inammissibilità del ricorso, proposto da un socio accomandante privo di ogni legittimazione attiva in relazione ad un avviso di accertamento societario, notificato al socio solo per trasparenza ai sensi dell'art. 5 TUIR, rilevò che in base a tale disposizione i redditi societari erano imputati a ciascun socio «indipendentemente dalla percezione»; e quindi anche al ricorrente che rivestiva la qualità di socio accomandante.

Poiché la notifica dell'avviso societario al Cuzzi, effettuata in applicazione di tale principio, aveva avuto l'unico fine di informare i soggetti rivestenti la qualità di socio della pretesa tributaria attivata nei confronti della società, doveva per ciò solo dichiararsi cessata la materia del contendere.

Quanto, poi, alla sottoscrizione dell'avviso, il funzionario firmatario dott.ssa Silvana Trematerra apparteneva alla terza area funzionale ed aveva sottoscritto l'atto per effetto della delega conferitale dal capo dell'ufficio: atto del quale provvide a depositare evidenza documentale.

Sospesa l'esecutività dell'atto impugnato questa Commissione, con ordinanza del 6 giugno 2018, dispose l'integrazione del contraddittorio nei confronti del socio accomandatario Massimo Dellanoce e della società Acquaefarina di Dellanoce Massimo & C. s.a.s, sussistendo l'ipotesi di litisconsorzio necessario tra società e soci, mandando al ricorrente di provvedervi per l'udienza del 7 novembre 2018.

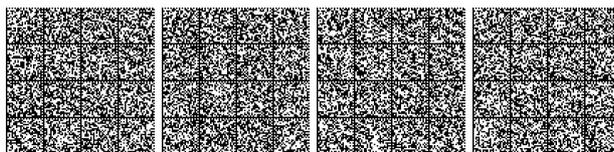
Nessuna delle parti chiamate ritenne di costituirsi.

Quindi, a seguito di rinvio chiesto dal ricorrente stante la pendenza presso questa Commissione di altro ricorso per l'anno 2012, da trattare congiuntamente con il presente, all'udienza odierna, uditi i rappresentanti delle parti, la presente vertenza è stata trattenuta in decisione e definita come da dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. — La questione relativa alla sottoscrizione dell'avviso da parte di un soggetto diverso dal capo dell'ufficio impositore — cui nell'ordine logico delle questioni sottoposte all'esame del Collegio va concessa priorità di esame — è infondata atteso che risulta prodotta dalla resistente idonea documentazione (non contestata dal ricorrente) comprovante l'esistenza di una valida delega in favore del soggetto sottoscrittore.

Dalla documentazione versata in atti (ordini di servizio; tabella allegata con indicazione dei tipi di atto e di competenza per valore e materia attribuiti ai capi dei vari team, con indicazione dei nominativi dei rispettivi esponenti) risulta che il direttore provinciale dell'epoca aveva delegato per una serie di atti aventi rilevanza esterna alcuni funzionari appositamente individuati ed altri individuabili in base alla funzione svolta ed alla importanza economica dell'atto; provvedendo inoltre ad esplicitare i nominativi dei rispettivi titolari (per quanto qui interessa la dott.ssa Silvana Trematerra, firmataria dell'avviso, risulta indicata quale funzionario responsabile dell'ufficio controlli).



E la giurisprudenza della S.C. ha ritenuto valido un avviso di accertamento che rechi la sottoscrizione di altro impiegato della carriera direttiva delegato dal capo dell'ufficio, incombando all'A.F. di dimostrare, in caso di contestazione, l'esercizio del potere sostitutivo da parte del sottoscrittore o la presenza della delega del titolare; obbligo per quanto innanzi convenientemente assolto.

2. — È principio reiterato e pacifico che, in Materia tributaria, l'unitarietà dell'accertamento che è alla base della rettifica delle dichiarazioni dei redditi delle società di persone e dei soci delle stesse e la conseguente automatica imputazione dei redditi a ciascun socio, proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili ed indipendentemente dalla percezione degli stessi, comporta che il ricorso tributario proposto, anche avverso un solo avviso di rettifica, da uno dei soci o dalla società riguarda inscindibilmente sia la società che tutti i soci (salvo che si prospettino questioni personali), sicchè tutti questi soggetti devono essere parte dello stesso procedimento e la controversia non può essere decisa limitatamente ad alcuni soltanto di essi; e ciò in quanto la stessa non ha ad oggetto una singola posizione debitoria del (o *dei*) ricorrenti, bensì gli elementi comuni della fattispecie costitutiva dell'obbligazione dedotta nell'atto autoritativo Impugnato, con conseguente configurabilità di un caso di litisconsorzio necessario originario. Conseguentemente, il ricorso proposto anche da uno soltanto dei soggetti interessati impone l'integrazione del contraddittorio ai sensi del decreto legislativo n. 546 del 1992, art. 14 ed il giudizio celebrato senza la partecipazione di tutti i litisconsorti necessari è affetto da nullità assoluta, rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, anche di ufficio (*cf.* SS.UU. n. 14815/2008; Cass. n. 25300/2014; Cassazione n. 23096/2012).

Sulla scorta di tale giurisprudenza ed in base al principio dell'unitarietà dell'accertamento è vano eccepire il difetto di legittimazione attiva in capo al Cuzzi, socio accomandante della società attinta dall'avviso di accertamento e quindi legittimamente titolato (ed interessato) ad agire e contraddire sulla pretesa fiscale che lo riguarda, sia quale contribuente *tout court* sia *uti socius*.

Parimenti infondata è la pretesa dell'ufficio di ottenere una declaratoria di cessazione della materia del contendere come espressamente richiesto nelle conclusioni rassegnate nelle controdeduzioni. La cessazione, presupponendo l'esistenza di un sopravvenuto mutamento della situazione dedotta in giudizio di cui le parti dovrebbero darsi reciproco atto, tale da far venir meno la ragion d'essere della lite, è chiaramente esclusa dalla permanenza della volontà del ricorrente di ottenere una pronuncia sulla propria domanda.

3. — La giurisprudenza della S.C. ha da tempo chiarito che «il beneficio d'escussione previsto dall'art. 2304 codice civile, ha efficacia limitamente alla fase esecutiva, nel senso che il creditore sociale non può procedere coattivamente a carico del socio se non dopo avere agito infruttuosamente sui beni della società; ma non impedisce allo stesso creditore d'agire in sede di cognizione per munirsi di uno specifico titolo esecutivo nei confronti del socio, sia per poter iscriverne ipoteca giudiziale sugli immobili di quest'ultimo, sia per poter agire in via esecutiva contro il medesimo, senza ulteriori indugi, una volta che il patrimonio, sociale risulti incapiente o insufficiente al soddisfacimento del suo credito» (*cf.* Cassazione 16 giugno 2016, n. 12494; Cassazione 13183/1999; Cassazione 1040/2009; Cassazione 28146/2013).

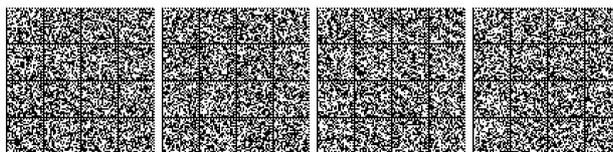
Nello specifico l'Agenzia si è correttamente mossa nel perimetro di tale principio poiché, tramite l'avviso di accertamento, si è limitata a rendere nota sia alla società che ai soci la propria intenzione di munirsi di un titolo — sempre che regga nel successivo contenzioso — tale da consentirle di agire in una fase successiva in *executivis*, laddove troverà applicazione il principio in questa sede impropriamente invocato.

4. — Detto questo va affrontata la questione relativa alla imputazione per trasparenza al ricorrente dei redditi societari in applicazione dell'art. 5 del TUIR.

In base a detta disposizione i redditi — tra l'altro — delle società in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato sono imputati a ciascun socio «indipendentemente dalla percezione proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili».

Il ricorrente ha ricollegato tale disposizione al principio generale di cui all'art. 1 TUIR: in base al quale il presupposto dell'imposta sulle persone fisiche è il possesso di redditi in danaro o in natura. La parola possesso dovrebbe essere intesa come materiale disponibilità di fruirne (ovvero come capacità di disporre); ed applicarsi anche ai redditi delle società in accomandita semplice i quali dovrebbero imputarsi al socio sempre che lo stesso abbia una effettiva possibilità di utilizzarli.

Nella fattispecie — ha obiettato — mai era stato posto a conoscenza dell'attività sociale di fatto svolta esclusivamente dal socio accomandatario Dellanoce. Più volte egli aveva tentato di ottenere informazioni sull'andamento sociale senza alcun risultato. Stante l'assoluta inerzia dell'accomandatario egli aveva adito anche le vie legali avviando un procedimento ex art. 700 codice di procedura civile nati il Tribunale di Chiavari conclusosi con un ordine rivolto dal Tribunale al Dellanoce di esibire i libri contabili e la documentazione fiscale afferente i suoi rapporti con gli istituti di credito.



Dal testo dell'ordinanza — ha aggiunto — emergeva, in particolare, la sussistenza di «elementi che avvalorano la tesi di una situazione debitoria non felice della società; situazione certo alquanto pericolosa per il socio accomandante e pure fideiussore per le obbligazioni sociali, posto nell'impossibilità di ricostruire la situazione patrimoniale della compagine sociale».

Neppure a detto provvedimento il socio accomandatario aveva ottemperato. Non essendo stato messo a parte della documentazione richiesta — conclude — egli continuava a restare del tutto all'oscuro della reale soluzione della società anche con riferimento alla regolarità della presentazione delle dichiarazioni annuali della medesima e circa i relativi versamenti; e quindi era privo di qualsiasi informazione riguardo all'esposizione debitoria della società nei confronti dell'erario, ai redditi eventualmente prodotti e alle relative disponibilità liquide, del tutto sconosciute delle quali mai aveva beneficiato.

Della sussistenza di dette circostanze ostative alla fruizione del reddito societario ritiene la Commissione esser stata fornita dal ricorrente idonea prova. Poiché l'impossibilità di disporre di utilità economiche costituisce un fatto negativo, il Cuzzi ha fornito tranquillante dimostrazione di fatti positivi atti a dimostrare la propria infruttuosa attività volta ad ottenerli tramite il ricorso all'A.G. in via di urgenza ed il testo del provvedimento del giudice della cautela, ricognitivo della indisponibilità del socio accomandatario a fornire all'accomandante le notizie (e le utilità economiche) che quest'ultimo avrebbe avuto pieno diritto di ottenere (e conseguire).

Se quindi può ritenersi dimostrato che il ricorrente non solo non ha avuto notizia alcuna sull'andamento societario, ma neppure ha percepito — per lo meno allo stato — reddito, alcuno derivante dalla propria partecipazione societaria, deve riconoscersi che l'unico ostacolo all'accoglimento della domanda relativa all'imputazione per trasparenza ai fini delle II.DD. sia costituito dall'art. 5 anzidetto; che, invece, lo assoggetta a tributo sui redditi societari indipendentemente dalla percezione.

Detta disposizione — e segnatamente detta espressione — a giudizio della Commissione presenta varie criticità a livello costituzionale. In particolare l'art. 5, comma I, del decreto del Presidente della Repubblica n. 917 del 1986 si pone in contrasto:

a) con l'art. 3 Cost. per la disparità di trattamento che si viene a determinare tra coloro che, in quanto soci di società di persone, pur non avendo conseguito alcun reddito, sono soggetti ad imposizione rispetto agli altri soggetti egualmente privi di reddito che ne sono invece esclusi:

b) con l'art. 24 Cost., sotto il profilo del diritto alla prova in giudizio, per essere il socio delle società di persone impossibilitato a dimostrare di non aver conseguito alcun reddito;

c) con l'art. 53 Cost. in quanto il contribuente non percettore di reddito viene sottoposto ad imposizione in aperta violazione del principio di capacità contributiva;

d) con l'art. 113 Cost. in quanto per alcune categorie di atti fiscali (quelli aventi ad oggetto accertamenti nei confronti di società a base personale) verrebbe di fatto esclusa la tutela giurisdizionale ai soci che non avessero conseguito alcun reddito di partecipazione a differenza di altri soci i quali, parimenti non percettori ma relativamente ad altre categorie di atti (quelle aventi ad oggetto accertamenti nei confronti di società di capitali), tale esclusione non avrebbero.

Né varrebbe addurre che il reddito, non conseguito nell'anno di imputazione, potrebbe essere dal socio percepito successivamente in dipendenza di azioni giudiziarie che lo stesso potesse intraprendere, poiché siffatta interpretazione non solo altererebbe il regime impositivo dell'anno di riferimento portando a conseguenze incongrue (ad esempio il soddisfacimento del credito ottenuto molti anni dopo l'annualità di competenza non potrebbe più incidere su un accertamento emesso anni innanzi per intervenuta decadenza), non solo potrebbe essere contraddetto da giudizi favorevoli al contribuente, peraltro non incidenti sull'accertamento (il socio, ad esempio, ottenuto un titolo ricognitivo del proprio credito, non potrebbe più recuperare fiscalmente quanto versato per effetto della decadenza nella ripetizione ex art. 21 del decreto legislativo n. 546/92) ma pure si tradurrebbe in un inammissibile *solve et repete* imponendo al socio di pagare sempre e comunque il tributo senza possibilità di proporre difese, per poi consentirgli di recuperare — forse e comunque poi — quanto versato.

Evidente è la differenza di trattamento fra il contribuente che sia in grado di pagare immediatamente l'intero tributo ed il contribuente che non abbia mezzi sufficienti per effettuare il pagamento, né possa procurarseli agevolmente ricorrendo al credito, fra l'altro perché, anche in caso di vittoria in giudizio, non otterrebbe il rimborso delle somme versate se non con ritardo. Al primo sarebbe consentito, proprio in conseguenza delle sue condizioni economiche, di chiedere giustizia e di ottenerla ove possa provare nel tempo di aver avuto ragione; al secondo questa facoltà sarebbe resa difficile e talvolta impossibile, non solo di fatto, ma anche in base al diritto, in forza di un presupposto impositivo stabilito dalla legge e consistente nell'onere del versamento di una somma eventualmente assai ingente.



Dette considerazioni, come è noto, sono state poste a base del riconoscimento dell'incostituzionalità dell'istituto del *solve et repete* (v. Corte costituzionale n. 21/1961).

5. — La questione — che riguarda solo le imposte dirette accertate nei confronti sia della società che del socio ricorrente; impregiudicata ogni questione per l'irap e l'iva — appare rilevante ai fini del decidere perché il giudizio nei confronti del Cuzzi non potrebbe che concludersi negativamente a seguito della presunzione assoluta di attribuzione al socio dei redditi societari ancorchè non percepiti; né appare manifestamente infondata alla luce delle considerazioni sopra svolte.

Né la norma può essere interpretata *secundum constitutionem* stante le inequivoche espressioni utilizzate dal legislatore, non spiegabili in altra maniera se non forzando al di là del lecito il dato testuale.

Si impone quindi la rimessione degli atti alla Corte costituzionale con conseguente sospensione del presente procedimento sino all'esito del giudizio di costituzionalità.

P.Q.M.

La Commissione tributaria provinciale di Genova, visto l'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, dispone la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale per la risoluzione della questione di costituzionalità dell'art. 5 del TUIR approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 limitatamente alle parole «indipendentemente dalla percezione», per contrasto con gli artt. 3, 24, 53 e 113 Cost.;

Sospende il giudizio in corso;

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

Così deciso in Genova, addì 16 gennaio 2019

Il Presidente estensore: DELUCCHI

19C00253

N. 149

Ordinanza del 16 aprile 2019 del Tribunale di Bari - Sede di Modugno nel procedimento penale a carico di G. D.T.

Reati e pene - Stampa - Diffamazione aggravata commessa a mezzo stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato - Trattamento sanzionatorio - Previsione della pena cumulativa della reclusione e della multa, anziché in via alternativa.

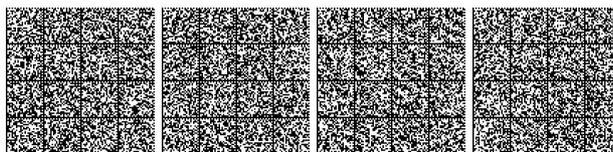
– Legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa), art. 13, in combinato disposto con l'art. 595, terzo comma, del codice penale.

Il giudice, dott. Angelo Salerno, a seguito di rilievo d'ufficio della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, legge 8 febbraio 1948, n. 47, «Disposizioni sulla stampa», all'udienza del 10 aprile 2019, con la presenza del Pubblico Ministero, avv. Francesco Numo, e con l'assistenza della cancelliera, Angela Colonna, ha pronunciato la seguente ordinanza ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale», nel giudizio n. 374/16 reg. dib. Tribunale Bari, e n. 2916/12 r.g.n.r. Tribunale di Bari, pendente nei confronti di: D.T. nato a..., il..., residente in..., alla via... assistito e difeso, di fiducia, dall'avv. Michele Laforgia; Imputato dei reati di cui agli articoli 595 commi 1-2-3 c.p. e art. 13 legge n. 47/48 perché, in qualità di direttore *pro-tempore* del quotidiano «...» in merito all'articolo intitolato «Forni la droga a P. la Cassazione l'ha assolto» pubblicato sul quotidiano..., mediante la pubblicazione dell'articolo anzidetto avvenuto l'11 novembre 2011, offendeva la reputazione del sig. C.F. accusandolo di aver fornito la sostanza stupefacente a P. e che la Cassazione lo avesse prosciolto.

In Bari l'11 novembre 2011

Persona offesa: C.F., nato il... ivi residente, alla via...

Ritenuto in fatto con atto depositato in data 4 novembre 2015, il G.U.P. in sede, disponeva il rinvio a giudizio di D. T.G.; innanzi a questo Tribunale, in composizione monocratica, per rispondere del delitto a lui scritto, di cui all'art. 595, commi 1, 2 e 3 codice penale e 13 legge n. 47/48, come descritto in epigrafe. All'udienza del 9 novembre 2016, celebrata dopo altre di mero rinvio, per difetto di notifica alle parti, in assenza di questioni preliminari, veniva dichiarato aperto il dibattimento e le parti articolavano le proprie richieste istruttorie, che il giudice accoglieva.



All'udienza del 13 settembre 2017, si procedeva all'esame della persona offesa, C.F. nonché all'acquisizione della documentazione prodotta dal Pubblico Ministero, consistente in copia dell'articolo di giornale oggetto del capo di imputazione e di copia della sentenza della Corte di Cassazione, n. 43106/11, intervenuta sulla vicenda e richiamata nel predetto articolo giornalistico. Quindi, il Pubblico Ministero rinunciava all'esame del teste B.P. nulla opponendo la difesa dell'imputato, il giudice ne revocava la relativa ordinanza ammissiva.

All'udienza del 10 aprile 2019, celebrata dopo altre di mero rinvio, per inagibilità della sede del Tribunale penale, rinnovata la dichiarazione di apertura del dibattimento innanzi a questo giudice, le parti si riportavano alle precedenti richieste istruttorie e il giudice le accoglieva.

Quindi il giudice sollevava, d'ufficio questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, legge 8 febbraio 1948, n. 47, «Disposizioni sulla stampa», riservandosi di pronunciare la presente ordinanza, fuori udienza.

Considerato in diritto questo giudice ritiene di dover sollevare, d'ufficio, questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, legge 8 febbraio 1948, n. 47, nella parte in cui prevede l'irrogazione della pena detentiva della reclusione da uno a sei anni, cumulativamente rispetto alla pena pecuniaria della multa non inferiore a 256 euro, nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, per violazione dell'art. 117, comma primo Cost. e dell'art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma, il 4 novembre 1952 e ratificata dall'Italia, con legge 4 agosto 1955, n. 848 (di seguito CEDU), come interpretato dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito Corte EDU), con la sentenza 24 settembre 2013, della Seconda Sezione, in causa Belpietro c. Italia, ricorso n. 43612/10, nonché con sentenza 8 ottobre 2013, della Seconda Sezione, in causa Ricci c. Italia, ricorso n. 30210/06, e da ultimo sentenza 7 marzo 2019, della Prima Sezione, in causa Sallusti c. Italia, ricorso n. 22350/13, per le considerazioni che seguono.

1. Il quadro normativo di riferimento

La disposizione della cui legittimità costituzionale si dubita è dettata dalla legge n. 47 dell'8 febbraio 1948, rubricata «Disposizioni sulla stampa» la quale, all'art. 13, prevede che «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000 (euro 256)»

È dunque prevista una circostanza aggravante, ad effetto speciale, autonoma e indipendente, rispetto alla fattispecie base di diffamazione, di cui all'art. 595 c.p.

Risponde del delitto di diffamazione chiunque, fuori dei casi dell'abrogato delitto di ingiuria, comunicando con più persone, offenda l'altrui reputazione, con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a euro 1.032 (così il comma primo), ovvero, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a euro 2.065 (così il secondo comma).

Le pene previste dai commi primo e secondo dell'art. 595 codice penale sono tra di esse alterative e comunque destinate, ai sensi dell'art. 52 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, «Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'art. 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468», ad essere convertite nelle corrispondenti sanzioni irrogabili dal Giudice di Pace, cui spetta la competenza a giudicare per materia, ai sensi dell'art. 4, comma primo, del medesimo decreto.

Il comma terzo dell'art. 595 codice penale prevede invece che «Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516».

La disposizione disciplina dunque una fattispecie aggravata di diffamazione, in quanto commessa con il mezzo della stampa o qualsiasi altro mezzo di pubblicità, prevedendo la pena, anche in questo caso alternativa, della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa non inferiore a 516 euro. La competenza, in questo caso, spetta al Tribunale, in composizione monocratica, e non è prevista l'udienza preliminare.

Infine, il quarto comma dell'art. 595 c.p., prevede un'aggravante a effetto comune, «Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza o ad una autorità costituita in collegio».

Il sistema sanzionatorio originariamente previsto dal Codice penale del 1930 è dunque caratterizzato dall'alternatività tra la pena detentiva e la pena pecuniaria, con un progressivo inasprimento delle pene predette, nel caso in cui ricorrano le circostanze aggravanti di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 595 c.p.

Per quanto in questa sede rileva, la fattispecie aggravata di cui al comma terzo dell'art. 595 c.p., qualora la diffamazione sia consistita «nell'attribuzione di un fatto determinato», con il mezzo della stampa, è punita, in applicazione dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, con la pena detentiva della reclusione, da uno a sei anni, che in questo caso si cumula e con quella pecuniaria, che parte dalla multa di 256 euro.



Tale trattamento sanzionatorio è dunque riservato, tra le condotte astrattamente suscettibili nella fattispecie di diffamazione aggravata di cui al comma terzo dell'art. 595 c.p., alle sole ipotesi di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, che risulti consistente, nel contempo, nell'attribuzione di un fatto determinato.

2. La disposizione di legge dello Stato viziata da illegittimità costituzionale (ai sensi dell'art. 23, comma primo, lettera a), legge 11 marzo 1953, n. 87).

I termini della presente questione di legittimità costituzionale devono essere pertanto individuati nel combinato disposto tra l'art. 595 codice penale e l'art. 13 legge 8 febbraio 1948, n. 47, nella parte in cui impone al giudice penale l'irrogazione, sempre e comunque, di una pena detentiva, in via cumulativa e non soltanto alternativa rispetto alla pena pecuniaria, per i fatti di diffamazione a mezzo stampa, consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato.

3. Le disposizioni della Costituzione che si assumono violate (ai sensi dell'art. 23, comma primo, lettera b), legge 11 marzo 1953, n. 87).

La norma della cui legittimità costituzionale si dubita, frutto del combinato disposto tra le citate disposizioni, è stata da questo giudice ritenuta violativa dell'art. 117, comma primo, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, quale norma interposta, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle sentenze 24 settembre 2013, della Seconda Sezione, in causa Belpietro comma Italia, ricorso n. 43612/10; 8 ottobre 2013, della Seconda Sezione, in causa Ricci comma Italia, ricorso n. 30210/06 e 7 marzo 2019, della Prima Sezione, in causa Sallusti comma Italia, ricorso n. 22350/13.

3.1. Le disposizioni CEDU e delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo quali parametri interposti di legittimità costituzionale (la giurisprudenza della Corte costituzionale).

Già da tempo la giurisprudenza della Corte costituzionale ha chiarito la collocazione delle disposizioni della CEDU nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento nazionale e il valore di norme interposte e quindi di parametri indiretti di legittimità costituzionale che le stesse assumono in relazione alle norme nazionali (così, tra le altre, le sentenze nn. 348 e 349 del 3 luglio 2007, depositate il 22 ottobre 2007; nonché la sentenza n. 80 del 7 marzo 2011, depositata l'11 marzo 2011).

Nel contempo, è stata riconosciuta alla Corte europea dei diritti dell'uomo una funzione di interpretazione autentica e vincolante delle disposizioni dell'omonima Convenzione, come di recente ribadito dalla Corte costituzionale, in sentenza n. 49 del 4 gennaio 2015, depositata il 26 marzo dello stesso anno, in cui si afferma «il carattere sub-costituzionale della CEDU» e, richiamando ulteriori e altrettanto rilevanti precedenti della stessa Corte costituzionale, si evidenzia che la medesima «Corte ha già precisato, e qui ribadisce, che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), facendo tuttavia salvo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (richiamando sul punto le sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009).

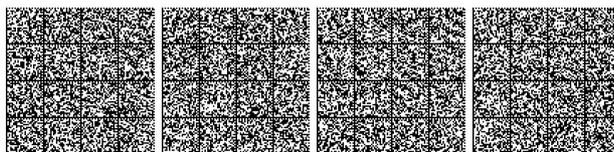
La Corte costituzionale, nella sentenza del 2015, aggiunge inoltre che «Corrisponde infatti a una primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla CEDU, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo», così confermando la centralità della Corte sovranazionale e l'efficacia che le sentenze dalla stessa emesse, quando abbiano raggiunto un apprezzabile grado di consolidamento, sono destinate a produrre sull'ordinamento e sul giudice nazionale.

3.2. Il consolidato orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia. Così ricostruito il quadro di riferimento della giurisprudenza della Corte costituzionale in merito alla rilevanza delle norme della CEDU e dell'interpretazione della Corte EDU, quali parametri interposti di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 117, comma primo Cost., occorre dunque procedere all'esame delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce delle quali si ritiene violato l'art. 10 CEDU, onde evidenziarne la portata precettiva e verificare la sussistenza del requisito di sufficiente consolidamento (considerato che non promanano dalla Grande Camera della Corte).

3.2.1. L'art. 10 CEDU e la libera manifestazione del pensiero

La disposizione della Convenzione che si assume violata, unitamente all'art. 117, comma primo, Cost., che ne fa implicito richiamo, è da individuarsi nell'art. 10 CEDU, rubricato «Libertà di espressione», ai sensi del quale:

«1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive.



2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

La disposizione citata deve essere interpretata alla luce delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo intervenute, in più occasioni, in relazione alla compatibilità con essa della disciplina nazionale in materia di diffamazione aggravata a mezzo stampa, oggetto della presente questione di legittimità costituzionale, nella parte in cui prevede l'irrogazione di una pena detentiva, nei termini che seguono.

3.2.2. La sentenza Belpietro c. Italia della Seconda Sezione Corte EDU, del 24 settembre 2013

La prima sentenza di condanna dell'Italia, in relazione all'applicazione delle norme che, con la presente ordinanza, si assumono violative dei sopra indicati parametri di legittimità costituzionale, può essere individuata nella sentenza Belpietro comma Italia, del 2013, con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata su ricorso n. 43612/10, proposto contro la Repubblica italiana da Maurizio Belpietro, sul presupposto che la condanna inflittagli per diffamazione avesse violato il proprio diritto alla libertà di espressione.

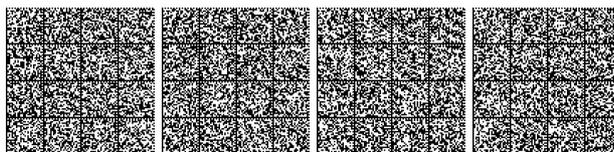
Nel caso di specie, il ricorrente rispondeva del delitto di diffamazione in qualità di direttore del giornale, ai sensi dell'art. 57 c.p., per aver omesso di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione fossero commessi reati, con conseguente applicazione, in caso di condanna, a titolo di colpa, della pena prevista per il reato commesso, diminuita in misura non eccedente un terzo.

A seguito dell'assoluzione, in primo grado, il ricorrente veniva tuttavia condannato, in appello, alla pena di quattro mesi di reclusione, sospesa in via condizionale, e al pagamento delle spese processuali di primo e secondo grado, oltre che al risarcimento del danno e delle spese di costituzione delle parti civili. Condanna confermata a seguito di rigetto del ricorso proposto per Cassazione dall'imputato. Nel proporre ricorso innanzi alla Corte EDU, il ricorrente ha lamentato la violazione della propria libertà di espressione, di cui all'art. 10 CEDU, con particolare riferimento al carattere necessario dell'ingerenza dello Stato italiano nel suo diritto di libertà di espressione, in una società democratica, senza contestare invece la base legale e il legittimo scopo di siffatta ingerenza.

Sul punto, nella sentenza in esame, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato che: «Un'ingerenza è contraria alla Convenzione se non rispetta le esigenze previste al paragrafo 2 dell'art. 10. Si deve dunque determinare se essa fosse «prevista dalla legge», se perseguisse uno o più degli scopi legittimi indicati in tale paragrafo e se fosse «necessaria in una società democratica» per raggiungere tale o tali scopi (Pedersen e Baadsgaard c. Danimarca, n. 49017/99, § 67, CEDU 2004-XI)» (punto 44). I giudici di Strasburgo osservano quindi che non era in contestazione la base legale della predetta ingerenza, individuata nell'art. 57 c.p., né tantomeno lo scopo legittimo della tutela del potere giudiziario (essendo le persone offese in causa magistrati del Pubblico Ministero), e comunque la tutela della reputazione o dei diritti altrui.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si sofferma quindi sul requisito di legittimità dell'ingerenza da parte dello Stato membro (nel caso di specie la condanna a pena detentiva, pur condizionalmente sospesa, dell'imputato), consistente nella «necessità dell'ingerenza in una società democratica».

Sul punto, si legge nelle motivazioni della sentenza che «La stampa svolge un ruolo importante in una società democratica: se non deve oltrepassare certi limiti, inerenti in particolare alla tutela della reputazione e ai diritti altrui, essa ha nondimeno il compito di comunicare, nel rispetto dei suoi doveri e delle sue responsabilità, informazioni e idee su tutte le questioni di interesse generale, ivi comprese quelle relative alla giustizia (De Haes e Gijssels c. Belgio, 24 febbraio 1997, § 37, Recueil des arrêts et décisions 1997-1). Alla sua funzione, che consiste nel diffondere tali informazioni e idee, si affianca il diritto, per il pubblico, di riceverle. Se così non fosse, la stampa non potrebbe svolgere il suo ruolo indispensabile di «cane da guardia» (Thorgeir Thorgeirson c. Islanda, 25 giugno 1992, § 63, serie A n. 239, e Bladet Tromsø e Stensaas comma Norvegia [GC], n. 21980/93, § 62, CEDU 1999-III). Oltre alla sostanza delle idee e delle informazioni espresse, l'art. 10 tutela le modalità di espressione delle stesse (Oberschlick c. Austria (n. 1), 23 maggio 1991, § 57, serie A n. 204). La libertà giornalistica comprende anche il possibile ricorso a una certa dose di esagerazione, se non addirittura di provocazione (Prager e Oberschlick c. Austria, 26 aprile 1995, § 38, serie A n. 313, c. Thoma comma Lussemburgo, n. 38432/97, §§ 45 e 46, CEDU 2001 III)» (punto 47).



In merito alla contrapposta ingerenza da parte dello Stato, si evidenzia, ai punti 49-50, che «L'aggettivo «necessario», nel senso dell'art. 10 § 2, implica l'esistenza di un «bisogno sociale imperioso». Gli Stati contraenti godono di un certo margine di apprezzamento nel valutare se sussista o meno un tale bisogno, ma questo margine va di pari passo con un controllo europeo che verte a volte sulla legge e sulle decisioni che la applicano, anche quando esse provengono da un giudice indipendente. La Corte è pertanto competente a decidere in ultima istanza sulla questione di stabilire se una «restrizione» sia compatibile con la libertà di espressione tutelata dall'art. 10 (Janowski, sopra citata, § 30, e Association Ekin c. Francia, n. 39288/98, § 56, CEDU 2001-VIII).

50. In particolare, spetta alla Corte determinare se i motivi con cui le autorità nazionali hanno giustificato l'ingerenza risultino «pertinenti e sufficienti» e se la misura contestata fosse «proporzionata agli scopi legittimi perseguiti» (Chauvy e altri c. Francia, n. 64915/01, § 70, CEDU 2004-VI). In questo modo, la Corte deve persuadersi che le autorità nazionali, basandosi su una valutazione accettabile dei fatti di causa, hanno applicato norme conformi ai principi sanciti dall'art. 10 (si vedano, tra molte altre, Zana c. Turchia, 25 novembre 1997, § 51, Recueil 1997- VII; De Diego Nafria c. Spagna, n. 46833/99, § 34, 14 marzo 2002; Pedersen e Baadsgaard sopra citata, § 70)».

In questo modo la Corte europea dei diritti dell'uomo si riserva il potere di sindacare se l'intervento degli stati membri che abbia inciso sulla libertà di espressione dei cittadini sia o meno compatibile con il succitato art. 10 CEDU.

In merito all'esercizio di tale sindacato, la Corte prosegue evidenziando che «Il diritto dei giornalisti di comunicare informazioni su questioni di interesse generale è tutelato a condizione che essi agiscano in buona fede, sulla base di fatti esatti, e forniscano informazioni «affidabili e precise» nel rispetto dell'etica giornalistica (si vedano, ad esempio, le sentenze sopra citate Fressoz e Roire, § 54, Bladet Tromsø e Stensaas, § 58, e Prager e Oberschlick § 37). Il paragrafo 2 dell'art. 10 della Convenzione sottolinea che l'esercizio della libertà di espressione comporta dei «doveri e responsabilità» che valgono anche per i media quando si tratta di questioni di grande interesse generale. Inoltre, tali doveri e responsabilità possono rivestire una certa importanza quando si rischia di pregiudicare la reputazione di una persona citata per nome e di nuocere ai «diritti altrui». Perciò, devono esistere motivi specifici per esonerare i media dall'obbligo che essi hanno in linea di principio di verificare le dichiarazioni fattuali potenzialmente diffamatorie nei confronti di privati. Al riguardo, entrano in gioco soprattutto la natura e il livello della diffamazione in causa e la questione di stabilire fino a che punto il media possa ragionevolmente considerare le sue fonti attendibili per quanto riguarda le asserzioni contestate (si vedano, tra le altre, McVicar c. Regno Unito, n. 46311/99, § 84, CEDU 2002-111, e Standard Verlagsgesellschaft MBH (n. 2) c. Austria, n. 37464/02, § 38, 22 febbraio 2007)» (punto 52).

Viene quindi rilevato che «Anche la natura e la severità delle pene inflitte sono elementi da tenere in considerazione in sede di valutazione della proporzionalità dell'ingerenza», richiamando i precedenti della Corte di Strasburgo, nelle sentenze Ceylan c. Turchia [GC], n. 23556/94, § 37, CEDU 1999-IV, e Tammer c. Estonia, n. 41205/98, § 69, CEDU 2001-D, nonché nella causa Cumpăna e Mazăre c. Romania ([GC], n. 33348/96, §§ 113-115, CEDU 2004-X1), in cui la Corte ha affermato i seguenti principi:

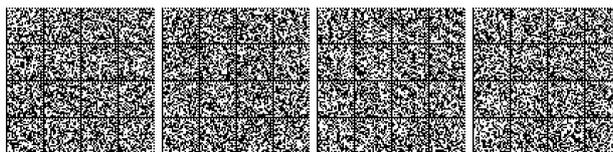
«113. Se gli Stati contraenti hanno la facoltà, se non il dovere, in virtù dei loro obblighi positivi derivanti dall'art. 8 della Convenzione, di disciplinare l'esercizio della libertà di espressione in modo da garantire che la legge tuteli adeguatamente la reputazione degli individui, essi devono evitare, facendolo, di adottare misure idonee a dissuadere i media dallo svolgere il loro compito di avvisare il pubblico in caso di apparenti o presunti abusi dei pubblici poteri, I giornalisti di inchiesta potrebbero mostrarsi reticenti a esprimersi su questioni di interesse generale (...) se corrono il rischio di essere condannati, quando la legislazione prevede sanzioni di questo tipo per gli attacchi ingiustificati contro la reputazione altrui, a pene detentive o che comportano il divieto di esercitare una professione.»

Nella sentenza citata, in particolare, si osserva, al punto 114, che «L'effetto dissuasivo che il timore di sanzioni di questo tipo comporta per l'esercizio da parte di tali giornalisti della loro libertà di espressione è evidente. Nocivo per la società nel suo complesso, fa anch'esso parte degli elementi da prendere in considerazione in sede di valutazione della proporzionalità — e dunque della giustificazione — delle sanzioni inflitte (...)»

La Corte europea dei diritti dell'uomo precisa quindi, al punto 115 della richiamata sentenza, che «Se la fissazione delle pene è, in linea di principio, appannaggio dei giudici nazionali, la Corte considera che una pena detentiva inflitta per un reato commesso nell'ambito della stampa sia compatibile con la libertà di espressione giornalistica sancita dall'art. 10 solo in circostanze eccezionali, in particolare quando altri diritti fondamentali siano stati gravemente lesi, come nel caso, ad esempio, della diffusione di un discorso di odio o di incitazione alla violenza (...)».

Così ricostruiti i principi che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato in materia, nella sentenza Belpietro comma Italia, i giudici sovranazionali hanno ritenuto, nel caso di specie, che la condanna nei confronti del ricorrente non fosse di per sé contraria all'art. 10 della Convenzione.

Tuttavia, si evidenzia nuovamente, nella motivazione della sentenza, che anche la natura e la severità delle pene inflitte sono elementi di cui tenere conto in sede di valutazione della proporzionalità di un'ingerenza.



Più nello specifico, si rileva, quindi che, oltre alla riparazione dei danni, il ricorrente era, stato condannato a quattro mesi di reclusione e, benché fosse stata applicata la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena, il solo fatto di infliggere una pena detentiva aveva, secondo il giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo potuto avere un effetto deterrente notevole.

Nel contempo, è stato ritenuto che il caso di specie, avendo ad oggetto un mancato controllo nell'ambito di una diffamazione, non era caratterizzato da alcuna circostanza eccezionale che giustificasse il ricorso a una sanzione così severa.

Al punto 62 della sentenza Belpietra comma Italia, la Corte ha quindi ritenuto che, a causa del *quantum* e della natura della sanzione imposta al ricorrente, l'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione di quest'ultimo non fosse proporzionata agli scopi legittimi perseguiti, con conseguente violazione dell'art. 10 della Convenzione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha pertanto dichiarato che vi è stata violazione dell'art. 10 della Convenzione, condannando lo Stato italiano a versare al ricorrente, le somme indicate in dispositivo per il danno morale, per le spese, con i relativi interessi moratori.

In disparte, dunque, il merito della vicenda, si ritiene che con la sentenza in questione la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia affermato, nei confronti dello Stato italiano, i seguenti principi di diritto.

Ferma la legittimità di una condanna per reati commessi nell'esercizio dell'attività professionale da parte di un giornalista, quando quest'ultimo risulti violativo dei limiti cui tale attività professionale è sottoposta, e la condanna risulta fondata su idonea base legale e finalizzata ad uno scopo legittimo (tra cui la tutela dell'altrui reputazione), l'effetto dissuasivo che il timore di sanzioni detentive comporta per l'esercizio da parte dei giornalisti della loro libertà di espressione è evidente (...). Nocivo per la società nel suo complesso, fa anch'esso parte degli elementi da prendere in considerazione in sede di valutazione della proporzionalità — e dunque della giustificazione — delle sanzioni inflitte (...).

Anche la natura e la severità delle pene inflitte sono elementi di cui tenere conto in sede di valutazione della proporzionalità di un'ingerenza e il sol fatto di infliggere una pena detentiva, quand'anche sospesa condizionalmente, può avere un effetto deterrente notevole, in violazione dell'art. 10 CEDU.

3.2.3. La sentenza Ricci c. Italia della Seconda Sezione Corte EDU, dell'8 ottobre 2013

Principi analoghi a quelli affermati e confermati con la sopra esaminata sentenza Belpietro c. Italia sono stati espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella di poco successiva sentenza Ricci c. Italia, della Seconda Sezione, emessa in data 8 ottobre 2013, su ricorso n. 30210/06.

La sentenza trae origine dalla condanna del ricorrente, per divulgazione al pubblico di comunicazioni interne al sistema telematico della RAI, ritenuta emessa in violazione del suo diritto alla libertà di espressione.

In specie, il ricorrente era ideatore e produttore di una nota trasmissione quotidiana di critica della televisione che ha lo scopo di rivelare, con ironia, casi di cattive prassi nel contesto della vita politica e della televisione.

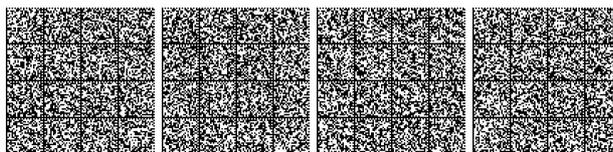
In fatto, la RAI, in occasione delle riprese di una trasmissione culturale, aveva registrato una conversazione tra gli ospiti sulle frequenze assegnate all'uso interno della RAI, al fine di selezionare successivamente le immagini utili alla trasmissione. Durante la registrazione, a seguito di un litigio tra i due invitati, la conduttrice aveva chiesto ai suoi collaboratori se uno dei due conversanti avesse firmato la liberatoria per trasmettere le immagini e, ricevuta una risposta negativa, aveva gridato «Non è possibile! (...) L'avevamo fatto apposta a mettere insieme quei due!».

Le registrazioni in questione erano state intercettate dagli apparecchi di Canale 5 nell'ambito del monitoraggio dell'attività degli altri canali, sicché il ricorrente aveva deciso di diffonderle nel corso del proprio programma, al fine di mostrare la «vera natura della televisione» dove qualsiasi scontro è costruito per fare spettacolo.

A seguito di querela proposta dalla RAI contro il ricorrente, per diffusione di comunicazioni riservate interne al sistema telematica della RAI e per divulgazione del contenuto delle immagini al pubblico, in violazione dell'art. 617-*quater* c.p., nella forma aggravata, trattandosi di sistema utilizzato dalla televisione di Stato, il ricorrente, pur sostenendo che la divulgazione delle immagini al pubblico rientrava nell'esercizio del suo diritto di critica e del suo diritto di satira, era stato condannato in primo grado alla pena di quattro mesi e cinque giorni di reclusione con sospensione condizionale della stessa, nonché al pagamento delle spese procedurali e alla riparazione dei danni subiti dalle parti civili, con provvisoria.

La sentenza era stata confermata in appello, evidenziando che l'art. 617-*quater* codice penale doveva essere interpretato nel senso che la divulgazione di informazioni poteva essere punita anche se il reato descritto al primo comma non era costituito e anche se l'autore della divulgazione fosse venuto a conoscenza delle comunicazioni in maniera fortuita.

In secondo grado di giudizio, inoltre, la Corte d'appello, nell'affrontare la questione del conflitto tra il diritto alla riservatezza delle comunicazioni (art. 15 della Costituzione) e la libertà di espressione (art. 21 della Costituzione), aveva escluso, nel caso di specie, la sussistenza di un interesse sociale dell'informazione diffusa, che potesse annullare il carattere delittuoso della condotta del divulgatore.



Anche all'esito del giudizio di legittimità la condanna era stata confermata, sebbene limitatamente alle statuizioni civili e alle spese processuali, dal momento che, nelle more, il reato era giunto a prescrizione. Anche la Corte di Cassazione aveva affermato che i reati previsti dal primo e secondo comma dell'art. 671 quater del CP erano autonomi e distinti e potevano essere commessi da soggetti diversi e che la divulgazione di una comunicazione riservata era punibile anche se mancava il carattere fraudolento della sua intercettazione.

Con riferimento al diritto di critica, al pari del diritto di cronaca e di satira, pur affermando, in astratto, la necessità di riconoscimento degli stessi nella maniera più ampia possibile, i giudici di legittimità avevano escluso, nel caso di specie, la scriminante ex art. 51 c.p., sul presupposto che trattavasi di divulgazione di informazioni riservate, non diffamatorie, e che la riservatezza di queste comunicazioni era garantita dall'art. 15 della Costituzione, e l'esercizio del diritto di satira non poteva giustificare la divulgazione.

Al giudizio di rinvio era seguita, in sede civile, la liquidazione del danno subito dalle costituite parti civili e la condanna al pagamento delle somme in questione da parte dell'imputato, il quale aveva proposto quindi ricorso alla Corte di Strasburgo, deducendo la violazione dell'art. 10 della Convenzione, in danno della propria libertà di espressione.

Il Governo, costituitosi innanzi alla Corte EDU, ha invece sostenuto che la condanna del ricorrente non è stata pronunciata in relazione con la libertà di espressione dell'interessato, non potendosi ravvisare, nella condotta incriminata, l'espressione di una opinione, bensì la deliberata diffusione di comunicazioni riservate, protette dall'art. 15 della Costituzione, la cui violazione non può pertanto essere giustificata.

In aggiunta a tale considerazione, si è rilevato inoltre che l'informazione divulgata dal ricorrente era in realtà priva di importanza, poiché era di comune esperienza il fatto che i conduttori televisivi cerchino di creare degli «scoop».

Nel pronunciarsi in merito alla vicenda, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha preliminarmente ritenuto che la condotta del ricorrente fosse retta dall'intento di comunicare informazioni o idee e che, pertanto, la sua condanna abbia costituito una ingerenza nel suo diritto alla libertà di espressione, garantito dall'art. 10 § I della Convenzione.

Sul punto, i giudici sovranazionali hanno evidenziato che, per stabilire se un'ingerenza nel predetto diritto sia legittima, occorre stabilire se fosse «prevista dalla legge», se perseguisse uno o più scopi legittimi enunciati in questo paragrafo e se fosse «necessaria in una società democratica per raggiungere questi scopi».

Nel caso di specie, tanto il requisito della riserva di legge, quanto quello teleologico sono stati ritenuti soddisfatti, dal momento che lo scopo della condanna inflitta era la tutela della reputazione e dei diritti altrui.

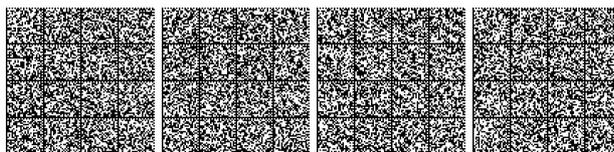
Diverse le conclusioni della Corte in merito al terzo requisito, di necessità dell'ingerenza.

Nelle motivazioni si legge, al riguardo, che «la stampa svolge un ruolo eminente in una società democratica: se non deve oltrepassare certi limiti, guardando soprattutto alla tutela della reputazione e ai diritti altrui, le spetta tuttavia comunicare nel rispetto dei suoi doveri e delle sue responsabilità, informazioni e idee su tutte le questioni di interesse generale» (De Haes e Gijssels c. Belgio, 24 febbraio 1997, 5§ 37, Recueil 1997-I); la CEDU prosegue affermando che «Alla sua funzione che consiste nel diffonderle, si aggiunge il diritto, per il pubblico, di riceverle. Se così non fosse, la stampa non potrebbe svolgere il suo ruolo indispensabile di «cane da guardia»,» (Thorgeir Thorgeirson c. Islanda, 25 giugno 1992, § 63, serie A n. 239, e Bladet Tromsø e Stensaas c. Norvegia [GC], n. 21980/93, § 62, CEDU 1999-111).

In merito al carattere necessario che l'eventuale ingerenza in tale diritto deve presentare, i giudici di Strasburgo osservano che «L'aggettivo «necessario», nel senso dell'art. 10 § 2, implica l'esistenza di un «bisogno sociale imperioso», rispetto al quale deve operare «un controllo europeo avente ad oggetto allo stesso tempo la legge e le decisioni che la applicano, anche quando emanano da un giudice indipendente», controllo che spetta alla Corte EDU.

Si precisa, sul punto, che «la Corte non ha affatto compito di sostituirsi alle autorità giudiziarie nazionali competenti, ma di verificare secondo il punto di vista dell'art. 10 le decisioni che queste hanno emesso in virtù del loro potere di apprezzamento» e nell'assolvere a tale compito, essa «deve esaminare l'ingerenza in questione alla luce di tutti gli elementi della causa, compreso il tenore dei discorsi attribuiti al ricorrente e il contesto nel quale quest'ultimo li ha pronunciati». (News Verlags GmbH & c. KG c. Austria, n. 31457/96, § 52, CEDU 2000-D).

Più nello specifico, nella sentenza in esame, si afferma che «Il diritto dei giornalisti di comunicare informazioni su questioni di interesse generale è protetto a condizione che essi agiscano in buona fede, sulla base di fatti precisi, e forniscano informazioni «affidabili ed esatte» nel rispetto dell'etica giornalistica», precisando che «questi doveri e responsabilità possono assumere importanza quando si rischia di offendere la reputazione di una persona citata per nome e di nuocere ai «diritti altrui». Nel valutare la sussistenza della responsabilità del giornalista «entrano in gioco soprattutto la natura e il grado della potenziale diffamazione e la questione di stabilire a quale punto i media possano ragionevolmente considerare le loro fonti attendibili».



Tale valutazione va operata tenendo debitamente in conto che «la condanna di una giornalista per divulgazione di informazioni di questo tipo può dissuadere i professionisti dei media dall'informare il pubblico su questioni di interesse generale». Ne deriva che, in questi casi, «la stampa potrebbe non essere più in grado di svolgere il suo ruolo indispensabile di «cane da guardia» e la sua idoneità a fornire informazioni precise e affidabili potrebbe essere indebolita».

Sicché «occorre esaminare più aspetti distinti: gli interessi in gioco, il controllo esercitato dai giudici nazionali, il comportamento del ricorrente nonché la proporzionalità della sanzione pronunciata».

In merito a tale ultimo aspetto, al punto 52 della motivazione, citando il caso causa Cumpănă e Mazăre c. Romania, la Corte afferma che «anche la natura e la severità delle pene inflitte sono elementi da prendere in considerazione quando si tratta di misurare la proporzionalità dell'ingerenza», ribadendo i seguenti principi già sanciti nel precedente citato:

«113. Se gli Stati contraenti hanno la facoltà, addirittura il dovere, in virtù dei loro obblighi positivi a titolo dell'art. 8 della Convenzione, di disciplinare l'esercizio della libertà di espressione in modo tale da garantire che la legge protegga adeguatamente la reputazione degli individui, nel far questo essi devono evitare di adottare misure che possano dissuadere i media dallo svolgere il loro ruolo di allerta del pubblico in caso di abuso apparente o presunto del potere pubblico. I giornalisti investigativi rischiano di essere reticenti ad esprimersi su questioni che presentano un interesse generale (...) se corrono il pericolo di essere condannati, quando la legislazione prevede sanzioni di questo tipo per gli attacchi ingiustificati contro la reputazione, a pene detentive o interdizione dall'esercizio della professione.

114. L'effetto dissuasivo che il timore di tali sanzioni comporta per l'esercizio da parte di questi giornalisti della loro libertà di espressione è evidente (...). Totalmente nocivo per la società, fa anch'esso parte degli elementi da prendere in considerazione nell'ambito della valutazione della proporzionalità - e dunque della giustificazione - delle sanzioni inflitte (...).

115. Se la fissazione delle pene è per principio appannaggio dei giudici nazionali, la Corte ritiene che una pena detentiva inflitta per un reato commesso nel campo della stampa sia compatibile con la libertà di espressione giornalistica garantita dall'art. 10 della Convenzione soltanto in circostanze eccezionali, soprattutto quando sono stati gravemente violati altri diritti fondamentali, come nell'ipotesi, ad esempio, della diffusione di un discorso di odio o di istigazione alla violenza.

Infine, si rileva che, quando vengano in rilievo, come nel caso oggetto della sentenza, il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla libertà di espressione, deve tenersi in considerazione che questi diritti meritano a priori pari rispetto. Pertanto, se il bilanciamento operato dalle autorità nazionali è fatto nel rispetto dei criteri stabiliti dalla giurisprudenza, della Corte, sopra indicati, la CEDU potrà sostituire la propria valutazione a quella dei giudizi nazionali solo quando vi siano serie ragioni.

È quanto avvenuto nel caso oggetto della sentenza Ricci comma Italia, dal momento che la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha condiviso il principio di diritto affermato dall'autorità giudiziaria nazionale, secondo cui la protezione delle comunicazioni relative a un sistema informatico o telematico esclude per principio ogni possibile bilanciamento con l'esercizio della libertà di espressione.

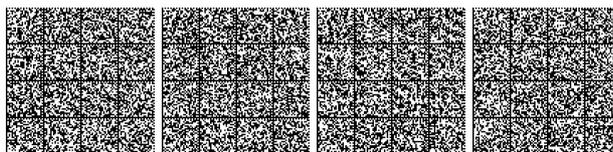
Si ribadisce, infatti, nella sentenza in esame, che «anche quando vengono diffuse informazioni riservate, occorre esaminare più aspetti distinti, ossia gli interessi in gioco, il controllo esercitato dai giudici nazionali, il comportamento del ricorrente e la proporzionalità della sanzione comminata».

Più nello specifico, la CEDU osserva che «il ruolo svolto dalla televisione pubblica in una società democratica è un tema di interesse generale» e, dal momento che l'intento del ricorrente-condannato era quello di stigmatizzare e ridicolizzare un comportamento individuale, la Corte deve tenerne conto nel bilanciare il diritto del ricorrente alla libertà di espressione rispetto agli scopi legittimi perseguiti dallo Stato.

Applicando tali coordinate generali al caso di specie, la CEDU rileva che la condanna del ricorrente, il quale non aveva sicuramente agito nel rispetto dell'etica giornalistica, non era di per sé contraria all'art. 10 della Convenzione.

Tuttavia, al punto 59 della decisione, si ribadisce che la natura e la severità delle pene inflitte sono elementi da prendere ugualmente in considerazione quando si tratta di misurare la proporzionalità dell'ingerenza. Sotto tale profilo, la CEDU ha quindi ritenuto che, nonostante la sospensione condizionata della pena e la dichiarata prescrizione, la condanna ad una pena detentiva ha potuto avere un effetto dissuasivo significativo, a fronte di un fatto che non era segnato da alcuna circostanza eccezionale tale da giustificare il ricorso ad una sanzione così severa.

In ragione della natura e del quantum della sanzione imposta al ricorrente, l'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione di quest'ultimo è stata pertanto ritenuta non proporzionata agli scopi legittimi perseguiti, con conseguente violazione dell'art. 10 della Convenzione.



La sentenza in questione, pur pronunciandosi in relazione al diverso delitto di cui all'art. 617-*quater* c.p., ribadisce il ruolo centrale, nell'ordinamento democratico, della stampa e del diritto di informazione, attiva e passiva, traendone la conclusione che il giudizio di bilanciamento cui sono chiamate, dapprima, le autorità nazionali, e quindi la Corte EDU, deve essere operato nella piena consapevolezza della delicatezza di tale ruolo.

La parte più incisiva della pronuncia esaminata, effetto diretto dell'impostazione garantista assunta dalla Corte, consiste nel giudizio di sproporzione della condanna a una pena detentiva — nonostante la sospensione condizionale della stessa e la dichiarata estinzione del reato per prescrizione — a fronte di un fatto illecito e penalmente rilevante.

Giudizio cui la Corte è pervenuta, ravvisando pertanto una violazione della libertà di espressione ex art. 10 CEDU, proprio in ragione della tutela che la giurisprudenza di Strasburgo accorda alla stampa e del pericolo che la mera possibilità di incorrere in una pena detentiva produca un effetto dissuasivo in capo ai giornalisti.

Si fa salva, tuttavia, l'ipotesi, espressamente definita «eccezionale», della grave e ingiustificata violazione dell'altrui reputazione o di altri diritti.

Ne deriva, secondo l'impostazione della Corte, che il giudice nazionale, pur potendo addivenire, secondo i canoni tradizionali condivisi dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, ad una condanna, dovrà limitare alle ipotesi di eccezionale gravità l'irrogazione della pena detentiva. Si tratta dunque di principi perfettamente calzanti nel caso di specie, con riferimento alla fattispecie aggravata di diffamazione, di cui agli articoli 595 codice penale e 13 legge 8 febbraio 1948, n. 47.

3.2.4. La sentenza Sallusti comma Italia della Prima Sezione Corte EDU, del 7 marzo 2019.

Se la breve distanza temporale, pari a meno di un mese, e l'identità della Sezione pronunciata, potrebbe indurre a dubitare del carattere consolidato della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo invocata, in questa sede, unitamente all'art. 10 CEDU e all'art. 117, comma primo, Cost., quale parametro di legittimità costituzionale, la più recente sentenza Sallusti comma Italia, emessa invece dalla Prima Sezione della Corte e in epoca sufficientemente distante, consente di riconoscere la sussistenza di tale fondamentale requisito.

La sentenza in questione è stata pronunciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a seguito di ricorso proposto in data 18 marzo 2013 da un giornalista, a seguito della condanna in appello per i delitti di diffamazione a mezzo stampa e omesso controllo sul contenuto degli articoli pubblicati sul giornale dallo stesso diretto, per violazione del diritto alla libertà di espressione, garantito dall'art. 10 della Convenzione.

A seguito della pubblicazione, nel 2007, di due articoli a contenuto diffamatorio, ai danni di una minore, dei suoi genitori e del giudice tutelare, riguardo alla procedura di aborto cui la prima era stata autorizzata, il ricorrente è stato condannato, in primo grado, alla pena pecuniaria della multa di 5.000,00 euro, oltre al risarcimento dei danni arrecati alle persone offese e al pagamento delle spese processuali.

Detta pena è stata ritenuta, in grado di appello, eccessivamente mite a fronte della ritenuta gravità dei fatti commessi dall'imputato, e sostituita quindi con quella detentiva di un anno di reclusione, oltre a quella della multa di pari importo, confermata dalla Corte di Cassazione.

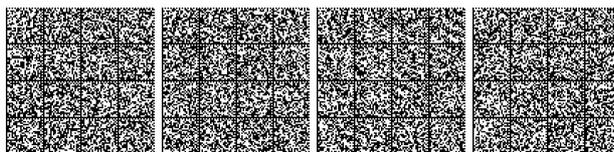
Il Tribunale di Sorveglianza ha quindi disposto l'esecuzione della pena detentiva agli arresti domiciliari, prima che il Presidente della Repubblica, adito dal ricorrente, la commutasse in pena pecuniaria, a seguito tuttavia dell'espiazione di ventuno giorni di detenzione, ai sensi dell'art 87, comma 11, Cost.

La pena detentiva irrogata nei confronti del ricorrente e parzialmente eseguita, sebbene in regime domiciliare, è stata ritenuta violativa dell'art. 10 della Convenzione, nella parte in cui tutela il diritto di informazione e di libera manifestazione del pensiero e il ricorso è stato ritenuto ricevibile dalla Corte di Strasburgo, in quanto non manifestamente infondato.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è stata così chiamata nuovamente a pronunciarsi in merito alla compatibilità con la Convenzione dell'irrogazione, nei confronti di un giornalista, di una pena detentiva e ai limiti entro cui è possibile ricorrere a tale forma di sanzione.

Viene dunque in rilievo la tutela del diritto all'informazione, contrapposto agli interessi lesi dalla condotta criminosa, nonché la necessaria verifica del carattere necessario e proporzionato di una pena detentiva nei confronti del giornalista che, nell'esercizio della propria attività professionale, violando le nonne etiche e penali che la regolano, sia incorso nella commissione di un reato.

La questione su cui La Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata valutare se l'ingerenza da parte dello Stato italiano, mediante irrogazione di una pena detentiva nei confronti del ricorrente, fosse «prevista dalla legge», se perseguisse uno o più fini legittimi previsti dallo stesso art. 10 CEDU, e se fosse «necessaria in una società democratica» per conseguire il fine o i fini pertinenti.



Sul punto la Corte ha preliminarmente sottolineato che il criterio della «necessità in una società democratica» impone di accertare se l'ingerenza lamentata corrispondesse a una «pressante esigenza sociale», se i motivi adottati dalle autorità nazionali per giustificare l'ingerenza fossero «pertinenti e sufficienti» e se la sanzione inflitta fosse «proporzionata al fine legittimo perseguito».

Nell'esaminare la questione, i giudici sovranazionali osservano che pacificamente l'ingerenza da parte dello Stato italiano, lamentata dal ricorrente, è dotata di sufficiente base legale, individuata negli articoli 57 e 595 c.p., nonché nell'art. 13 della c.d. legge sulla Stampa, n. 47 del 1948.

Nel contempo, la Corte ritiene sussistente un fine legittimo perseguito dallo Stato italiano, ravvisato nella protezione della reputazione e dei diritti delle persone offese dal reato.

Viene quindi, nella sentenza in commento, presa in esame la questione principale, relativa al predetto requisito della necessità e proporzione della sanzione applicata al ricorrente, in una società democratica, di cui al secondo paragrafo dell'art. 10 CEDU.

La norma prevede infatti la possibilità di limitare l'esercizio della libertà di espressione, ivi comprese la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni, di cui al primo paragrafo, nei casi previsti dalla legge, mediante «formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni», che «costituiscono misure necessarie, in una società democratica» a perseguire uno dei fini legittimi previsti dalla stessa disposizione (tra cui la prevenzione di reati e la protezione della reputazione o dei diritti altrui).

Sul punto, la Corte fa richiamo dei propri precedenti, tra cui la sopra esaminata sentenza *Belpietro c. Italia*, del 2013, sottolineando che «il criterio della «necessità in una società democratica» esige che essa determini se l'ingerenza lamentata corrispondesse a una «pressante esigenza sociale», se i motivi adottati dalle autorità nazionali per giustificare l'ingerenza fossero «pertinenti e sufficienti» e se la sanzione inflitta fosse «proporzionata al fine legittimo perseguito».

Tale principio di diritto, applicato al caso di specie, ha condotto a ritenere che le condotte del ricorrente, erano state correttamente ritenute integranti i delitti ascritti all'imputato, commessi in violazione dell'etica del giornalismo (avendo questi divulgato informazioni false senza controllarne prima la veridicità), sicché la repressione delle stesse soddisfaceva una «pressante esigenza sociale».

In merito tuttavia al requisito di proporzione della sanzione inflitta rispetto all'illecito accertato, la Corte ha ritenuto che «l'irrogazione di una pena detentiva, ancorché sospesa, per un reato connesso ai mezzi di comunicazione, possa essere compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti garantita dall'art. 10 della Convenzione soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza».

Tali eccezionali ipotesi non sono state ritenute sussistenti in concreto, specie a fronte della pur parziale esecuzione, per ventuno giorni, della pena detentiva.

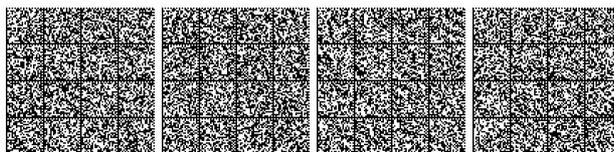
Richiamando pertanto, i summenzionati precedenti, in sentenze *Belpietro comma Italia* e *Ricci c. Italia*, i giudici di Strasburgo hanno statuito che l'irrogazione di una sanzione detentiva non fosse giustificata, stante l'effetto dissuasivo che ne deriva, quand'anche se ne disponga la sospensione condizionale ovvero la commutazione in pena pecuniaria, dal momento che si tratta di scelte discrezionali.

Ne consegue che sussiste, secondo l'impostazione accorta dalla Corte EDU, una manifesta sproporzione rispetto al fine legittimo perseguito, con conseguente eccesso del limite di necessità della limitazione alla libertà di espressione del ricorrente e violazione dell'art. 10 della Convenzione, con condanna dell'Italia alla rimozione delle conseguenze derivatene ai sensi dell'art. 41 CEDU.

La sentenza conferma, a distanza di oltre cinque anni dai precedenti registratisi in materia, con le citate sentenze, la violazione del diritto della Convenzione e, in specie, della libertà di espressione di cui all'art. 10, mediante la irrogazione di pene detentive per reati commessi mediante mezzi di comunicazione, in specie da parte di giornalisti.

Questi ultimi sono stati definiti dai giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo quali «watch dogs», ossia cani da guardia, della democrazia (sentenza *Fatullayev contro Azerbaijan* del 2010) e il secondo comma dell'art. 10 della Convenzione, oggetto della sentenza in commento, riserva al diritto di informazione una tutela rafforzata, richiedendo che ogni eventuale ingerenza da parte degli Stati membri, sotto forma di previsione di formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni, debba trovare una base legale e costituire una misura necessaria, in termini di *extrema ratio*, nel contesto della società democratica, al perseguimento di finalità specifiche.

Tra queste rientrano la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o la pubblica sicurezza, ovvero la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, o ancora la protezione della salute o della morale, della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.



Come osservato, il requisito di necessità implica quello di proporzione dell'ingerenza concretamente operata da parte dello Stato rispetto al fine perseguito e, proprio in relazione a tale profilo, la Corte ha ravvisato una violazione del citato art. 10 mediante l'irrogazione di una pena detentiva, precisando che a nulla rileva l'eventuale sospensione condizionale della stessa o la commutazione in pena pecuniaria.

Secondo l'impostazione accolta dalla Corte EDU, infatti, tali esiti, solo eventuali e comunque frutto della discrezionalità delle Istituzioni, non escludono l'effetto dissuasivo della previsione astratta di una pena detentiva e della possibilità per il giudice di irrogarla, di per sé violativo della libertà di espressione tutelata dalla Convenzione.

3.3. I principi di diritto consolidati nella giurisprudenza della Corte EDU

Alla luce delle pronunce sopra esaminate, può dunque rilevarsi, quale principio affermato in maniera costante dalla Corte EDU, nell'arco di oltre cinque anni, dal settembre 2013 al marzo 2019, in ben tre occasioni specifiche nei confronti dello Stato italiano, che nei confronti dei giornalisti che rispondano di reati commessi nell'esercizio della propria attività professionale, quale il delitto di diffamazione aggravata, l'irrogazione di una pena detentiva e comunque la sola possibilità di irrogazione della pena della reclusione, quand'anche soggetta in concreto a commutazione in pena pecuniaria o a sospensione condizionale della pena, costituisce un elemento idoneo a determinare un effetto dissuasivo rispetto all'esercizio della libertà di manifestazione di pensiero, nonché di informazione, tale da integrare una violazione dell'art. 10 CEDU, sotto il profilo della necessità in una società democratica, in tutti i casi in cui non ricorrano circostanze eccezionali e, segnatamente qualora non siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza.

4. La violazione del parametro di legittimità costituzionale

Viola il principio di diritto enunciato, in più occasioni, dalla Corte EDU, in relazione all'art. 10 CEDU, la disposizione dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, nella parte in cui, prevedendo, che «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000», in via cumulativa, non consentendo al giudice penale di conformarsi al predetto principio di diritto di matrice sovranazionale.

La disposizione oggetto della presente questione di legittimità costituzionale, impone infatti sempre e comunque l'irrogazione, quand'anche sospesa condizionalmente o commutata in pena pecuniaria, di una pena detentiva, senza alcuno spazio discrezionale per il giudice del merito, volto a differenziare i casi eccezionali, di grave violazione di diritti fondamentali o di esternazioni di odio, discriminazione, anche sessuale e razziale, o istigazione alla violenza (così come esemplificate dalla Corte EDU), dalle diverse ipotesi in cui, in mancanza di tali circostanze eccezionali, l'irrogazione di una pena detentiva o anche solo la sua previsione come pena e è stata ritenuta sproporzionata e quindi non necessaria, in una società democratica, e pertanto violativa dell'art. 10 CEDU.

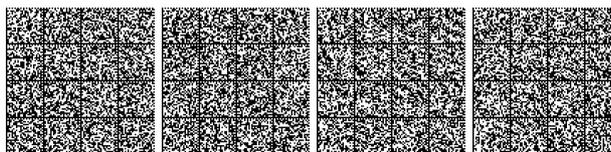
La violazione integrata dalla irrogazione della pena detentiva fuori dai suddetti casi eccezionali è preceduta da quella legata all'effetto dissuasivo che la sola previsione della pena detentiva quale inevitabile conseguenza della condanna determina.

5. La rilevanza della questione nei procedimenti a quo

La questione, così come ricostruita, assume rilevanza nel procedimento in corso, dal momento che, all'imputato, è stato contestato il delitto di cui all'art. 595, commi primo, secondo e terzo, c.p., aggravato ai sensi del predetto art. 13 legge 8 febbraio 1948, n. 47, perché «in qualità di Direttore *pro tempore* del quotidiano» in merito all'articolo intitolato «Fornì la droga a P. la Cassazione l'ha assolto» pubblicato sul quotidiano», mediante la pubblicazione dell'articolo anzidetto avvenuto l'11 novembre 2011, offendeva la reputazione del sig. C.F. accusandolo di aver fornito la sostanza stupefacente a P. e che la Cassazione lo avesse prosciolto».

In assenza, allo stato, di cause di proscioglimento, non avendo l'imputato chiesto tempestivamente di accedere alla causa di estinzione delle condotte riparatorie, né risultando alcuna remissione di querela nei confronti del medesimo, e in assenza di qualsiasi altra causa di estinzione del reato, tantomeno per prescrizione o per difetto di condizioni di procedibilità (la querela è stata sporta in data 5 dicembre 2011), l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata nel presente procedimento è destinata a incidere sulla tipologia della pena da irrogare, in caso di condanna, nei confronti dell'imputato.

Dalla lettura del capo di imputazione emerge infatti che il fatto determinato attribuito alla persona offesa, da parte dell'imputato, nell'articolo oggetto del medesimo capo di imputazione, a mezzo stampa (trattandosi di pubblicazione su un quotidiano regolarmente registrato e diffuso tra il pubblico), consiste nella cessione di sostanza stupefacente al deceduto atleta Pantani.



Pertanto, allo stato, e senza poter questo giudice sbilanciarsi in prospettazioni circa l'esito del giudizio, l'imputato risponde del delitto di diffamazione a mezzo stampa, nella forma aggravata di cui all'art. 13 cit., con conseguente concreta possibilità che la pena irrogata, in caso di condanna, sia di natura detentiva, oltre che pecuniaria.

Deve precisarsi che il capo di imputazione è formulato in maniera tale da ascrivere direttamente all'imputato la condotta integrante il delitto di diffamazione aggravata pur facendo, nel contempo, riferimento al predetto in qualità di direttore del giornale.

Tale eventuale sviluppo nel merito del giudizio non priverebbe tuttavia di rilevanza la questione di legittimità costituzionale, in quanto la responsabilità del direttore del giornale, ai sensi dell'art. 57 c.p., comporta l'irrogazione, sebbene ridotta fino a un terzo, della medesima pena prevista per il reato commesso, in specie di diffamazione, e quindi di una pena comunque detentiva, unitamente a quella pecuniaria.

Non si può, conclusivamente, prescindere dall'applicazione della disposizione facciata di incostituzionalità nel giudizio a qua, alla luce della formulazione del capo di imputazione, in merito al quale alcuna modifica è stata richiesta dal Pubblico Ministero, e dell'incidenza che il citato art. 13 è destinato a determinare sulla pena irroganda in caso di condanna, privando giudice dell'alternativa tra pena detentiva e pena, pecuniaria che invece l'art. 595 codice penale rimette alla sua discrezionalità.

Sul punto deve rilevarsi che, peraltro, l'intervento della Corte costituzionale, in caso di accoglimento della questione sollevata, produrrebbe effetti favorevoli per l'imputato e sarebbe destinato a operare retroattivamente nei confronti dello stesso, senz'alcun limite di natura legislativa o costituzionale, operante invece nelle ipotesi di interventi cc.dd. in malam partem.

La norma oggetto della questione di legittimità costituzionale è dunque destinata a trovare concreta applicazione, in caso di condanna, nel giudizio *a quo*.

6. La non manifesta infondatezza della questione.

Oltre che rilevante, nei termini sopra precisati, la questione appare non manifestamente infondata, alla luce della condotta ascritta all'imputato, tale da poter fin d'ora escludere — dalla sola lettura del capo di imputazione e comunque dal tenore dell'art. oggetto dello stesso, in atti — che si versi in un'ipotesi di eccezionale gravità (tale essendo, secondo la ricostruita giurisprudenza della Corte EDU, quella di grave violazione di diritti fondamentali, ovvero di odio razziale o discriminatorio o di incitamento alla violenza).

Esulando da tali ipotesi eccezionali, la fattispecie concreta sub iudice è destinata ad essere assoggettata ad un trattamento sanzionatorio che, per la sua stessa previsione in astratto e finanche ipotesi di sospensione condizionale della pena ovvero di commutazione in pena pecuniaria, ove possibile ai sensi degli articoli 53 ss. della legge 24 novembre 1981, n. 689, «Modifiche al sistema penale» (o finanche in ipotesi di commutazione da parte del Presidente della Repubblica, come nel caso oggetto della sentenza sopra esaminata *Sailusti c. Italia*), costituisce una violazione dell'art. 10 CEDU, per carenza del requisito di necessità, in termini di proporzione, tra l'ingerenza dello Stato membro e la libertà di espressione, in una società democratica.

In merito a tale ultimo inciso, va evidenziato che, nel caso di specie, l'articolo incriminato aveva ad oggetto l'esercizio della funzione giurisdizionale e, in specie, l'assoluzione in grado di legittimità della persona offesa, cui tuttavia, nel titolo, si afferma aver ceduto la sostanza stupefacente al noto atleta Pantani, nonostante la successiva assoluzione perché i fatti non sussistono.

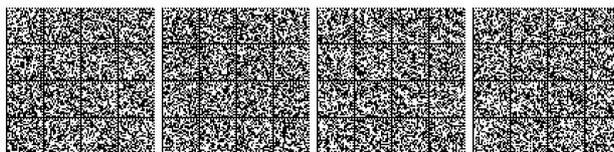
Il tenore dell'articolo e la qualità professionale dell'imputato, dunque, consentono di ritenere pienamente operanti i principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle sentenze sopra esaminate.

6.1. L'impossibilità di operare una interpretazione conforme.

Come costantemente affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, prima di procedere a sollevare una questione di legittimità costituzionale, il giudice *a quo* è tenuto a procedere ad interpretazione della disposizione della cui legittimità costituzionale si dubita, in senso conforme ai parametri di legittimità invocati.

Nel caso di specie, occorrerebbe interpretare l'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 in senso conforme, o convenzionalmente orientato, all'art. 10 CEDU — quale parametro interposto di legittimità costituzionale rispetto all'art. 117, comma primo, Cost. — come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle sopra analizzate pronunce.

Ebbene, tale soluzione non è praticabile nel caso di specie, dal momento che la disposizione dell'art. 13 cit. non lascia margini interpretativi utili a scongiurare l'irrogazione di una pena detentiva, in specie della reclusione, nei confronti dell'imputato.



Va infatti considerato che presupposti della aggravante in questione, della «diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato», non consentono di distinguere la casistica di riferimento, scindendo le ipotesi eccezionali che giustificerebbero, secondo la Corte di Strasburgo, l'irrogazione di una pena detentiva, da quelle invece rispetto alle quali risulterebbe carente il requisito di necessità sopra indicato.

L'uso del mezzo della stampa è un dato neutro rispetto ai contenuti del delitto di diffamazione e, nel contempo, il fatto determinato cui fa riferimento l'art. 13 cit. ben può integrare fattispecie diffamatorie dotate di eccezionale gravità, quanto ipotesi in cui non è ravvisabile alcuna grave violazione di diritti fondamentali, né tantomeno alcuna forma di imitazione all'odio, alla discriminazione o alla violenza.

Procedere ad un'interpretazione, sotto l'etichetta dell'interpretazione convenzionalmente o costituzionalmente orientata, tale per cui l'aggravante in questione sarebbe applicabile alle sole attribuzioni di fatti determinati, a mezzo stampa, integranti le predette o analoghe ipotesi eccezionali costituirebbe una forzatura di sistema, violativa del principio di legalità, tanto in relazione all'art. 25, comma secondo, Cost., quanto con riferimento all'art. 101 Cost.

Si sconfinerebbe infatti in un'interpretazione creativa e arbitraria, slegata dal dato letterale, ed esorbitante rispetto alla funzione giurisdizionale.

Né tantomeno è possibile scongiurare l'applicazione dell'aggravante mediante l'espedito del concorso apparente di norme, di cui all'art. 15 c.p., ritenendo che la stessa possa essere esclusa, applicando il luogo dell'art. 13 cit. le aggravanti di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 595 c.p., che prevedono invece in via alternativa la pena detentiva (così consentendo al giudice, nel giudizio di merito, di modulare la risposta sanzionatoria a seconda della gravità della condotta e dell'offesa derivatane).

Le circostanze aggravanti di cui ai citati conritti secondo e terzo sono infatti formulate come circostanze indipendenti, ad effetto speciale, e prendono in considerazione, in maniera autonoma e distinta, l'attribuzione di un fatto determinato (secondo comma) e l'uso del mezzo della stampa (terzo comma).

Ne deriva che la disposizione dell'art. 13 c.p., che invece ancora l'inasprimento sanzionatorio e la diversa specie di pena (in quanto cumulativa della pena detentiva e di quella pecuniaria) alla concorrente condizione dell'attribuzione di un fatto determinato a mezzo stampa, si pone in rapporto di specialità rispetto alla disciplina dell'art. 595 codice penale ed è pertanto destinata a trovare applicazione, come nel caso di specie.

È infine superfluo, alla luce delle chiare prese di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto, ipotizzare che l'eventuale sospensione condizionale della pena (di cui l'imputato, incensurato, potrebbe beneficiare), ovvero la commutazione della stessa, nei limiti di legge, in pena pecuniaria, possano, in caso di condanna, scongiurare la violazione dell'art. 10 CEDU.

Non verrebbe infatti meno l'effetto dissuasivo che la sola previsione e, a artiori, l'irrogazione della pena detentiva è idoneo a produrre, in violazione della Convenzione.

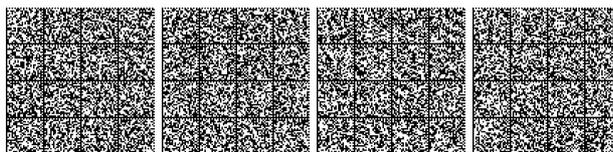
Infine, deve evidenziarsi che, stante la natura di circostanza aggravante dell'istituto disciplinato dal citato art. 13, la stessa potrebbe essere oggetto di bilanciamento ex art. 69 c.p., con neutralizzazione della pena detentiva in caso di equivalenza o prevalenza delle circostanze attenuanti, finanche nell'ipotesi di attenuanti generiche, ex art. 62-bis c.p.

Tanto non escluderebbe tuttavia il predetto effetto dissuasivo che la sola previsione, in astratto, di una pena detentiva certa (perché non alternativa rispetto alla pena pecuniaria), determina in capo a chi eserciti attività professionale di giornalista, nell'esercizio della libertà di espressione ex art. 10 CEDU.

Non si rinvengono pertanto soluzioni interpretative volte a prevenire il contrasto tra l'art. 13 legge 8 febbraio 1948, n. 47, in combinato disposto con l'art. 595 c.p., e gli invocati parametri costituzionali, si da richiedersi l'intervento della Corte costituzionale, perché valuti nel merito la questione sollevata.

6.2. L'assenza di una immediata risposta legislativa da parte del legislatore

L'assenza di una soluzione in via interpretativa è aggravata dalla stasi del Legislatore che, nonostante la duplice condanna, sebbene articolata con riferimento a due analoghe fattispecie, nel 2013 e la recente conferma della violazione dell'art. 10 CEDU, con la sentenza Sallusti comma Italia, non ha allo stato adottato provvedimenti idonei a prevenire nuove violazioni da parte dello Stato italiano.



Proprio nella sentenza citata del 2019, la Corte europea dei diritti dell'uomo dà atto la Corte dà preliminarmente atto del parere reso dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa del 2013, n. 1920, intitolata «Lo stato della libertà dei mezzi di informazione in Europa», col quale la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, c.d. Commissione di Venezia, è stata incaricata di redigere un parere in merito alla compatibilità della legislazione italiana in materia di diffamazione con l'art. 10 della Convenzione.

Tale parere, n. 715/2013, reso il 9 novembre 2013, menzionava il progetto di riforma all'epoca presentato al Parlamento, volto ad eliminare la pena detentiva della reclusione, limitando la risposta sanzionatoria alla sola pena pecuniaria, ritenuta tuttavia, ove di importo elevato, una «minaccia avente un effetto dissuasivo quasi pari alla reclusione», pur rappresentando comunque un miglioramento della legislazione nazionale.

Il predetto progetto di riforma non è stato approvato nell'ultimo quinquennio e, a seguito di nuova condanna dell'Italia da parte della Corte EDU, per la medesima violazione, con il nuovo disegno di legge A.C. 416 è stata proposta l'abolizione della pena detentiva, mediante riscrittura dell'art. 13 cit., elevando nel contempo la pena pecuniaria a quella di 10.000 euro nel massimo edittale, ove sia riconosciuta l'aggravante speciale prevista dalla norma citata.

Allo stato non è tuttavia stata programmata la discussione del progetto di riforma innanzi all'apposita commissione, con la conseguenza che non è dato prevedere una pronta soluzione del conflitto tra l'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 e l'art. 10 CEDU per via legislativa nell'immediato, rendendo così attuale e inevitabile il procrastinarsi di una situazione di contrasto e violazione della Convenzione, con nuove probabili condanne per lo Stato italiano.

7. Gli effetti dell'accoglimento della questione e l'ammissibilità della stessa

Tanto premesso in merito alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza della questione, con la stessa si chiede alla Corte costituzionale di sindacare la legittimità costituzionale dell'art. 13 legge 8 febbraio 1948, n. 37, in combinato disposto con l'art. 595 c.p., nella parte in cui prevede l'irrogazione cumulativa della pena detentiva della reclusione da uno a sei anni e della pena pecuniaria della multa non inferiore a 256 euro, in relazione all'art. 117, comma primo, Cost. e al parametro interposto di legittimità costituzionale dell'art. 10 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle summenzionate sentenze, chiedendo una pronuncia manipolativa del testo dell'aggravante a rendere alternative le pene in questione.

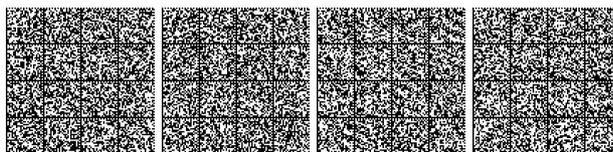
Tale soluzione risulterebbe infatti in linea con le disposizioni dell'art. 595 c.p., che, proprio in casi analoghi a quelli presi in considerazione dall'art. 13 cit., e in specie dell'uso al mezzo della stampa e dell'addebito di un fatto determinato, prevedono la pena della reclusione o della multa.

Nel contempo, come anticipato, consentirebbe al giudice di verificare in concreto la sussistenza delle circostanze eccezionali in cui la gravità della condotta e dell'offesa che ne deriva giustifica l'irrogazione di una pena detentiva, lasciando così un adeguato spazio discrezionale utile per conformare la decisione giurisdizionale nazionale ai principi dell'ordinamento CEDU in materia.

Tale soluzione inoltre scongiura il rischio di una indebita intromissione nelle scelte politiche del legislatore, perché in linea con l'impianto normativo codicistico, al pari di quanto rilevato nella recente sentenza 23 gennaio 2019, n. 40, depositata in data 8 marzo 2019, («La misura della pena individuata dal rimettente, benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore»), per-altro in questo caso con riferimento a norme tutt'ora vigenti e applicabili al medesimo delitto.

Inoltre, mediante la sostituzione della congiunzione «e» con quella disgiuntiva «o», nell'incis «la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa», si consentirebbe, in attesa di un più incisivo intervento legislativo, da parte dell'organo a ciò costituzionalmente deputato, di evitare nuove violazioni, in ossequio dei principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretare l'art. 10 CEDU e del disposto della Convenzione stessa, quali parametri di legittimità richiamati implicitamente dall'art. 117, comma primo, Cost.

Mediante la soluzione sommestamente prospettata si manterrebbe l'astratta possibilità di irrogazione di una pena detentiva, solo alternativa, riservata, in ossequio dei predetti principi, alle summenzionate ipotesi di eccezionale gravità, a tutela dei contrapposti interessi, anche costituzionalmente e convenzionalmente rilevanti, che la fattispecie penale presidia.



P.Q.M.

Il giudice, con separata ordinanza, dichiara, d'ufficio, rilevante e non manifestamente infondata la questione di leaattimità costituzionale dell'art. 13 legge 8 febbraio 1948, n. 47, in combinato disposto con l'art. 595, comma terzo, c.p., nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 256 euro, invece che in via alternativa, per violazione degli articoli 117, comma primo, Cost. e 10, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, interpretato alla luce della ratio decidendi delle sentenze 24 settembre 2013, della Seconda Sezione della Corte EDU, in causa Belpietro comma Italia, ricorso n. 43612/10; 8 ottobre 2013, della Seconda Sezione della Corte EDU, in causa Ricci comma Italia, ricorso n. 30210/06, e 7 marzo 2019, della Prima Sezione della Corte EDU, in causa Sallusti comma Italia, ricorso n. 22350/13.

Ordina che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza sia notificata all'imputato, alla persona offesa, al Pubblico Ministero, al Presidente del Consiglio dei ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti del procedimento alla Corte costituzionale, unitamente alla prova delle notificazioni e delle comunicazioni prescritte nell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

Sospende il giudizio in corso e il termine di prescrizione del reato.

Così deciso in Bari-Modugno, il giorno 16 aprile 2019.

Il Giudice: SALERNO

19C00254

N. 150

*Ordinanza del 12 giugno 2019 del Consiglio di Stato
sul ricorso proposto da Itinera S.p.a. c/Anas S.p.a. e Carena S.p.a..*

Appalti pubblici - Concordato con continuità aziendale - Esclusione dalla partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici dell'impresa ammessa a concordato con continuità aziendale che rivesta la qualità di mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese.

- Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), art. 186-*bis*, comma sesto, aggiunto dall'art. 33, comma 1, lettera *h*), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134.

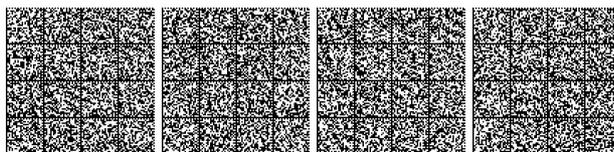
IL CONSIGLIO DI STATO

IN SEDE GIURISDIZIONALE (SEZIONE QUINTA)

Ha pronunciato la presente Ordinanza sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3052 del 2019, proposto da Itinera S.p.a. in proprio e quale mandataria del Raggruppamento temporaneo di imprese con Monaco S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC tratta dai registri di giustizia;

Contro A.n.a.s. S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marta Fraioli e Maria Stefania Masini, con domicilio digitale come da PEC tratta dai registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Matta Fraioli in Roma, via Monzambano n. 10;

Nei confronti Carena S.p.a. Impresa di Costruzioni, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Carullo e Ilaria Battistini, con domicilio digitale come da PEC tratta dai registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio Carullo in Bologna, Strada Maggiore n. 47; I.L.E.S.P. S.r.l., non costituita in giudizio;



Per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale Toscana, sezione II, n. 00491/2019, resa tra le parti;
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.n.a.s. S.p.a. e di Carena S.p.a. Impresa di Costruzioni;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, Masini, Fraioli e Carullo;

I fatti di causa e la vicenda processuale

con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana Itinera S.p.a. domandava l'annullamento della determina di A.n.a.s. S.p.a. 20 dicembre 2018 (prot. CDG-0689344-I) di aggiudicazione all'A.t.i. formata da Carena S.p.a., in qualità di mandataria, e da I.L.E.S.P. S.r.l., in qualità di mandante, del contratto di appalto avente ad oggetto i «lavori di realizzazione dell'itinerario internazionale E78 - S.G.C. Grosseto - Fano. Adeguamento a 4 corsie nel tratto Grosseto - Siena (s.s. n. 223 «di Paganico») dal km 27+200 al km 30+038. Lotto 4»;

il ricorso era articolato in due motivi: con il primo contestava l'ammissione di Itinera S.p.a. alla fase di valutazione delle offerte sebbene si trovasse in stato di concordato preventivo con continuità aziendale e, rivestendo la posizione di mandataria all'interno dell'A.T.I., incorresse nel divieto alla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici posto dall'art. 186-bis, comma 6, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. legge fallimentare), tanto più che, continuava la ricorrente, la società era gravemente inadempiente al piano concordatario per non aver effettuato il riparto a favore dei creditori concordatari entro il 31 dicembre 2018;

con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente lamentava la mancata verifica della congruità dell'offerta presentata dall'aggiudicatario, pur essendo questi risultato vincitore con un ribasso economico pari al 35,108% e superiore alla metà della media dei ribassi registrati nella gara, nonché dieci volte superiore al differenziale qualitativo delle offerte, così da giustificare il sospetto di anomalia;

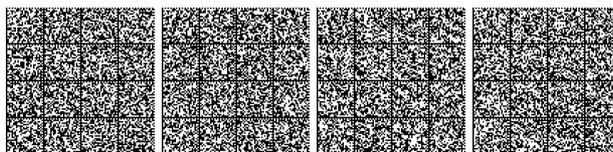
il giudizio, nel quale si costituivano A.n.a.s. S.p.a. e Carena S.p.a., era definito con sentenza della sezione II, 3 aprile 2019, n. 491, di reiezione del ricorso e compensazione delle spese di lite: il Tribunale amministrativo regionale, superata l'eccezione di irricevibilità del ricorso perché tardivamente proposto, ravvisava l'esistenza di un contrasto tra l'art. 80, comma 5, lettera b) decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici) e l'art. 186-bis, comma 6, della legge fallimentare;

ciò a causa del fatto che, da un lato, la prima disposizione aveva previsto l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara delle imprese che si trovano in stato di concordato preventivo, facendo salvo il caso di concordato con continuità aziendale (e «fermo restando quanto previsto dall'art. 110» del medesimo codice); dall'altro lato, invece, la disposizione contenuta nella legge fallimentare aveva esteso l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara anche alle imprese in stato di concordato preventivo con continuità aziendale che rivestano la posizione di mandataria all'interno del raggruppamento temporaneo di imprese;

a parere del giudice di primo grado il rilevato conflitto andava risolto facendo applicazione del criterio cronologico e, dunque, nel senso dell'avvenuta abrogazione implicita della norma di divieto posta dall'art. 186-bis, comma 6, legge fallimentare (ed ivi inserita dal decreto-legge 23 giugno 2012, n. 83 convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134), per opera del sopravvenuto art. 80, comma 5, lettera b), del codice contratti pubblici che, nel disciplinare integralmente la materia delle cause di esclusione in senso innovativo, non ha fatto più alcun riferimento alla posizione che assume l'impresa in concordato preventivo con continuità che partecipi alla procedura nella forma del raggruppamento temporaneo di impresa;

il secondo motivo di ricorso era respinto, sul rilievo che la scelta della stazione appaltante di non sottoporre a verifica facoltativa di anomalia l'offerta della Carena S.p.a. era ritenuta espressione di ampia discrezionalità, sindacabile solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto, da escludere, nel caso in esame, perché indizio di anomalia non può essere la presenza di ribasso che superi del 50% della media gli altri ribassi registrati in gara, in assenza di altre significative circostanze indiziarie;

propone appello Itinera S.p.a. che contesta entrambi i capi della sentenza di primo grado: quanto all'avvenuta abrogazione implicita del divieto posto dall'art. 186-bis, comma 6, legge fallimentare osserva che affinché possa parlarsi di abrogazione implicita è necessario che tra le due norme vi sia una radicale ed assoluta incompatibilità, insussistente nel caso in esame ove di esse può darsi un'interpretazione combinata che ne giustifica la perdurante e contemporanea vigenza; per la precisione, a suo dire, il sesto comma dell'art. 186-bis della legge fallimentare disciplinerebbe una situazione affatto peculiare, vale a dire il caso di impresa partecipante alla procedura in forma di raggruppamento temporaneo di imprese che si trovi in situazione di concordato preventivo con continuità aziendale, escludendo l'applicazione



cazione della deroga prevista dall'art. 80, comma 5, lettera *b*), del codice dei contratti pubblici a favore delle imprese in concordato con continuità aziendale (poiché regola generale sarebbe la preclusione alla partecipazione alla procedura) nel caso in cui rivesta il ruolo di mandataria;

inoltre, l'appellante rifiuta la tesi - sulla quale il giudice di primo grado aveva ritenuto di non dover prendere posizione, pur riconoscendo l'esistenza di diversità di vedute - secondo cui con il decreto di omologazione del concordato si chiude la procedura concorsuale e l'operatore economico - che, in questa logica, può dirsi «tornato in *bonis*» - può liberamente prendere parte a procedure di affidamento di contratti pubblici non essendo più sottoposto alla disciplina codicistica sulle cause di esclusione, per come integrata dalla legge fallimentare;

conclude, perciò, ribadendo che l'art. 186-*bis*, comma 6, legge fallimentare trova applicazione anche in caso di avvenuta adozione del decreto di omologazione e che il divieto ivi contenuto per la mandataria di raggruppamento temporaneo di impresa prevale sulla regola della partecipazione alle procedure di gara delle imprese in concordato aziendale con continuità per il criterio di specialità;

con un secondo motivo di appello Itinera S.p.a. contesta la sentenza di primo grado per non aver considerato che, anche a voler ritenere implicitamente abrogato il divieto contenuto nella legge fallimentare, l'aggiudicataria non poteva essere ammessa alla fase di valutazione delle offerte poiché non aveva ottenuto l'autorizzazione del giudice a partecipare alla procedura di affidamento della commessa pubblica, condizione di partecipazione sia per l'art. 110, comma 3, codice dei contratti pubblici, sia per l'art. 186-*bis* legge fallimentare;

con il terzo motivo di appello è censurata la sentenza di primo grado per aver ritenuto ragionevole la scelta della stazione appaltante di non sottoporre a verifica di anomalia l'offerta presentata dall'A.T.I. Carena sebbene fosse chiaro indizio di anomalia la circostanza che il ribasso offerto superava di addirittura il 50% la media dei ribassi registrati in gara, in uno al fatto che il predetto ribasso risulta pari ad oltre il doppio di quello offerto dalla seconda graduata che la stazione appaltante, peraltro, aveva ritenuto sostanzialmente equivalente sul piano qualitativo a quello della prima graduata;

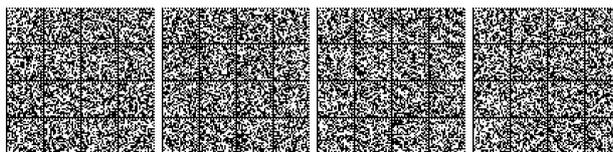
nel giudizio si è costituita A.n.a.s. S.p.a. che ha replicato agli argomenti spesi dall'appellante concludendo per la conferma della sentenza impugnata; si è costituita anche Carena S.p.a. impresa di costruzioni che, nella memoria depositata in vista della Camera di consiglio fissata per la decisione sull'istanza di sospensione degli effetti esecutivi della sentenza, ha formulato in via pregiudiziale eccezione di inammissibilità per decadenza del primo motivo di ricorso per essere stato proposto in violazione dell'art. 120, comma 2-*bis* del cod. proc. amm.;

l'appellata, precisato che nel processo amministrativo il giudice d'appello ha il potere di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, senza che si possa ritenere formato un giudicato implicito preclusivo alla deduzione officiosa, sostiene che, per far valere il divieto in capo alla mandataria di raggruppamento temporaneo di imprese alla partecipazione a procedure di gara, Itinera S.p.a. avrebbe dovuto impugnare l'ammissione dell'A.T.I. Carena nel termine di trenta giorni di cui all'art. 120, comma 2-*bis* del cod. proc. amm., decorrente dal momento in cui la stazione appaltante conformemente all'art. 29, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, aveva loro comunicato gli operatori economici ammessi alla successiva fase di valutazione delle offerte dando espressamente atto della conformità della documentazione amministrativa presentata a quella richiesta dal disciplinare di gara attestante la ricorrenza delle condizioni ed il possesso dei requisiti di partecipazione, che era messa disposizione dei concorrenti presso i suoi uffici;

l'appellata ha, dunque, concluso per l'inammissibilità dell'appello in ragione dell'irricevibilità del ricorso di primo grado, poiché proposto solo a seguito della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione all'A.T.I. Carena, e, comunque, per l'infondatezza dello stesso;

in vista dell'udienza pubblica le parti in causa hanno depositato memorie *ex art.* 73 del cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche; all'udienza del 30 maggio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

Tutto ciò premesso, la sezione dubita della legittimità costituzionale dell'art. 186-*bis*, comma 6, regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, aggiunto dall'art. 33, comma 1, lettera *h*), decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 conv. con m. nella legge 7 agosto 2012, n. 134 nella parte in cui prevede che «Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale». I dubbi di legittimità costituzionale si appuntano sul fatto che tale disposizione di legge pone un divieto assoluto nei confronti dell'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale a partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici quando nell'ambito di raggruppamenti temporanei di imprese di cui la stessa assume la qualità di mandataria. Inoltre, atteso il suo contenuto puntuale, della stessa disposizione non è possibile fornire un'interpretazione diversa, in grado di superare i dubbi di costituzionalità in relazione ai parametri di seguito esposti.



La rilevanza della questione ai fini della decisione della controversia

appare innanzitutto inammissibile l'eccezione di irricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado riproposta nel presente grado del giudizio a mezzo di memoria difensiva depositata in vista dell'udienza camerale fissata per la decisione sull'istanza di sospensione degli effetti esecutivi della sentenza;

su tale questione, espressamente affrontata dal Tribunale amministrativo e respinta, deve infatti ritenersi formato il giudicato interno;

in estrema sintesi, il giudice di primo grado, dopo avere premesso che la Corte di Giustizia dell'Unione europea nell'ordinanza 14 febbraio 2019 ha ritenuto compatibile con il diritto euro-unitario l'art. 120, comma 2-*bis* del cod. proc. amm., a condizione che il termine di trenta giorni per l'impugnazione dei provvedimenti relativi alle procedure di gara decorra solo se i provvedimenti siano comunicati agli interessati accompagnati da una relazione indicate i motivi della decisione assunta, così da consentire loro di percepire le eventuali violazioni del diritto ivi presenti, ha affermato che l'onere di impugnare nel termine di trenta giorni le decisioni delle stazioni appaltanti sulle ammissioni dei concorrenti sussiste solo in relazione ai motivi escludenti, non rilevati, che possono essere desunti dalle dichiarazioni sostitutive presentate dagli operatori con la domanda di partecipazione, onde essi possano desumersi al momento della pubblicazione del provvedimento di ammissione ed esclusione adottato dalla stazione appaltante;

quindi il Tribunale ha rilevato che nel caso di specie era mancata la prova (a carico delle resistenti) che la ricorrente potesse apprendere dalla sola lettura del provvedimento di ammissione (o dei documenti acquisibili quando l'ammissione è stata resa nota) che la Carena S.p.a. fosse in condizione di concordato preventivo con continuità aziendale;

la questione pregiudiziale, così risolta dal giudice di primo grado, costituiva capo di sentenza che doveva essere impugnato con appello incidentale dalle parti rispetto ad esse soccombenti: l'art. 101, comma 2 del cod. proc. amm., più chiaramente di quanto non faccia l'art. 346 del codice di procedura civile, onera le parti di riproporre le domande e alle eccezioni «dichiarate assorbite o non esaminate»;

a contrario si desume che le (domande *e*) eccezioni respinte vanno riproposte in appello a mezzo impugnazione incidentale dalla parte soccombente, pena la formazione su di esse del giudicato interno;

ancora sul punto va dato atto che, come sostiene la controinteressata Carena S.p.a., nel processo amministrativo il giudice d'appello può esaminare *ex officio* la sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione in relazione al ricorso di primo grado, senza preclusioni derivanti da un giudicato implicito (da ultimo, Adunanza plenaria, 26 aprile 2018, n. 4);

ma ciò è vero a condizione che il giudice di primo grado non si sia pronunciato, poiché l'omessa pronuncia non assume significato risolutivo della questione; nel caso di specie, il giudicato interno si è formato per essersi il giudice di primo grado espressamente pronunciato, con la conseguenza che era necessario proporre appello incidentale perché il giudice d'appello potesse nuovamente esaminare la questione;

passando ad un'ulteriore profilo di rilevanza della questione, la sezione ritiene, diversamente dal giudice di primo grado, che l'art. 186-*bis*, comma 6, regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 non sia stato abrogato implicitamente dall'entrata in vigore dell'art. 80, comma 5, lettera *b*), decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ma che le due disposizioni siano entrambe vigenti e suscettibili di interpretazione combinata; la sentenza di primo grado, sul punto, non può essere condivisa.

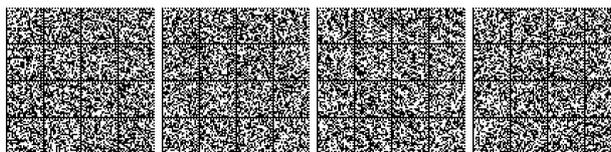
Queste le ragioni:

l'art. 80, comma 5, lettera *b*) del codice dei contratti pubblici, nel disciplinare i motivi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara per l'affidamento di commesse pubbliche, stabilisce la regola generale per la quale è escluso l'operatore economico che «si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo», fissando, poi, la deroga: non è escluso l'operatore che sia in stato di concordato con continuità aziendale;

l'art. 186-*bis*, comma 6, della legge fallimentare, invece, disciplina un caso specifico: quello dell'operatore economico che, in stato di concordato con continuità aziendale, intenda partecipare ad una procedura di gara per l'affidamento di commesse pubbliche, nella forma del raggruppamento temporaneo di imprese;

la regola posta è che la partecipazione è consentita ma a due condizioni: *a*) che, nel raggruppamento temporaneo, non rivesta il ruolo di impresa mandataria e *b*) che, nel caso in cui rivesta il ruolo di mandante, le altre imprese (evidentemente mandanti) aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad altra procedura concorsuale;

il rapporto tra l'art. 80, comma 5, lettera *b*) del codice dei contratti pubblici e l'art. 186-*bis*, comma 6, della legge fallimentare è, dunque, un rapporto di specialità, il quale, naturalmente, presuppone la contemporanea vigenza delle due disposizioni;



la sezione inoltre non condivide la tesi del riacquisto della piena capacità contrattuale dell'operatore economico in seguito alla pronuncia di omologazione del concordato che avrebbe quale conseguenza la sottrazione al regime previsto per l'impresa in stato di concordato preventivo con continuità aziendale che intenda partecipare alle procedure di gara per l'affidamento di commesse pubbliche dal codice (come, invece, ritenuto, ma in procedura soggetto al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, vecchio codice dei contratti pubblici, da Consiglio di Stato, sezione V, 29 maggio 2018, n. 3225);

ciò per le seguenti ragioni:

a) l'art. 181 della legge fallimentare, al primo periodo, stabilisce che «La procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'art. 180»; nulla è detto circa la situazione dell'impresa nel periodo temporale successivo all'omologazione del concordato, che, invece, è disciplinata dall'art. 136 della legge fallimentare, rubricato, infatti, «Esecuzione del concordato» con la previsione per la quale «Dopo l'omologazione del concordato il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori ne sorvegliano l'adempimento, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione», vale a dire riconoscendo agli organi della procedura concorsuale ampi poteri di intervento;

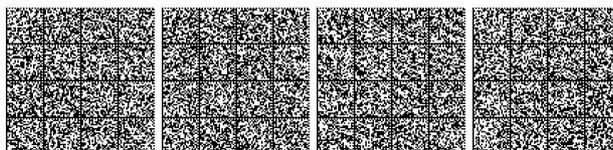
b) l'art. 80, comma 5, lettera b) codice dei contratti pubblici distingue tra operatore economico che «si trovi in stato» di concordato preventivo, e operatore che abbia «in corso un procedimento per la dichiarazione» di tale situazione: siccome, per espressa indicazione dell'art. 181 citato, il procedimento si chiude con l'omologazione del concordato, l'operatore «in stato di concordato preventivo» non potrà che essere quell'operatore già ammesso al concordato, con conseguente sua sottoposizione alle norme che disciplinano le cause di esclusione degli operatori in procedura concorsuale;

c) la Corte di cassazione, sezione I, con ordinanza 10 gennaio 2018, n. 380 ha dettato un principio generale, valevole per ogni attività da intraprendere successivamente all'omologazione del concordato precisato che «la chiusura del concordato che ai sensi dell'art. 181 legge fallimentare, fa seguito alla definitività del decreto o della sentenza di omologazione, pur determinando la cessazione del regime di amministrazione dei beni previsto, durante il corso della procedura, dall'art. 167, non comporta (salvo che alla data dell'omologazione il concordato sia stato già interamente eseguito) l'acquisizione in capo al debitore della piena disponibilità del proprio patrimonio, che resta vincolato all'attuazione degli obblighi da lui assunti con la proposta omologata, dei quali il Commissario giudiziale, come espressamente stabilito dall'art. 185, è tenuto a sorvegliare l'adempimento, «secondo le modalità stabilite nella sentenza (o nel decreto) di omologazione». La fase di esecuzione, nella quale - come si desume dalla stessa rubrica dell'art. 185 - si estrinseca l'adempimento del concordato, non può allora ritenersi scissa, e come a sé stante, rispetto alla fase procedimentale che l'ha preceduta: l'assoggettamento del debitore, dopo l'omologazione, all'osservanza del provvedimento giurisdizionale emesso ai sensi dell'art. 180, implica infatti la necessità che egli indirizzi il proprio agire al conseguimento degli obiettivi prefigurati nella proposta presentata ed approvata dai ereditari»;

d) con specifico riguardo alle procedure di evidenza pubblica, il Consiglio di Stato, sezione V, con la sentenza 3 gennaio 2019, n. 69, ha chiarito che se l'operatore economico in concordato preventivo con continuità aziendale, che intenda partecipare ad una procedura di gara, non ha richiesto la necessaria autorizzazione al Tribunale durante la procedura (sin dalla presentazione del ricorso), ovvero se detta autorizzazione non possa ricavarsi dall'omologazione del concordato, egli, intervenuta la pronuncia di omologazione potrà (e dovrà) richiedere l'autorizzazione al giudice delegato così come prescritto dall'art. 110, comma 3, del codice dei contratti pubblici ovvero presentare domanda di partecipazione alle condizioni di cui all'art. 186-bis, comma 5 della legge fallimentare;

è così riconosciuto che, avvenuta l'omologazione del concordato, l'operatore economico non riacquista la piena capacità di agire, che avrebbe quale inevitabile conseguenza la facoltà di presentare liberamente domanda di partecipazione alle procedure di gara, ma svuoterebbe di significato la disposizione contenuta nell'art. 110, comma 3, citato, cui, invece, lo stesso art. 80, comma 5, lettera b) del codice dei contratti rimanda per definire le condizioni di partecipazione alle procedure di gara;

sempre con riguardo alla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, va dato atto che il secondo motivo di appello, con cui si sostiene che Carena S.p.a. non poteva partecipare a procedura di gara non essendo stata a tal scopo espressamente autorizzata dal Tribunale in sede di omologazione, appare inammissibile, in quanto pone una questione nuova in contrasto con il divieto di *nova* in appello posto dall'art. 104, comma 1 del cod. proc. amm., considerato che in sede di ricorso Itinera S.p.a. aveva lamentato la carenza dei requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura di gara esclusivamente per essere la società, in stato di concordato con continuità aziendale, mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese e, quindi, per asserita violazione del divieto previsto dall'art. 186-bis, comma 6, legge fallimentare e, d'altra parte, giudice di primo grado, proprio in ragione del *thema decidendum* posto dai motivi di ricorso, ha definito la questione della mancanza di autorizzazione «elemento non in discussione nel caso di specie»;



alla luce di tutto quanto finora rilevato il giudizio non può essere definito se non facendo applicazione del divieto posto dall'art. 186-*bis* legge fallimentare, con conseguente esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese con Carena S.p.a. come mandataria dalla procedura di gara, considerata la chiara indicazione normativa.

Le ragioni di non manifesta infondatezza della questione.

La questione di legittimità costituzionale come sopra posta appare inoltre non manifestamente infondata in relazione ai seguenti parametri:

a) art. 3, Costituzione: si dubita della ragionevolezza della scelta del legislatore.

Per talune imprese l'affidamento di commesse pubbliche è fonte primaria di ricavi da (re)investire nell'attività imprenditoriale per superare lo stato di crisi; consapevole, il legislatore consente all'impresa in concordato con continuità la partecipazione alle procedure di gara con adeguate cautele, incentrate sulla prognosi circa le capacità (all'atto in cui interviene la richiesta) di dar attuazione all'impegno da assumere (o assunto) nei confronti della stazione appaltante.

Tale è la *ratio* della disciplina posta dal quarto e quinto comma dell'art. 186-*bis* della legge fallimentare e dal terzo comma dell'art. 110 del codice dei contratti pubblici: l'impresa può partecipare alla procedura di gara con l'autorizzazione del Tribunale su parere del commissario giudiziale, se nominato, qualora la richiesta di partecipazione intervenga successivamente al deposito del ricorso (quarto comma) ovvero, in caso sia già stata disposta l'ammissione al concordato, con l'autorizzazione del giudice delegato (art. 110, comma 3), o, comunque, con la relazione di un professionista attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto e con la dichiarazione di altro operatore che si impegni a mettere a disposizione le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto per il caso di fallimento o di incapacità sopravvenuta all'esecuzione (quinto comma).

A parere del Collegio non v'è ragione che giustifichi la differente disciplina per l'impresa che partecipi nella forma aggregata del raggruppamento temporaneo di impresa assumendo il ruolo di mandataria: anche per questa impresa i ricavi derivanti dall'esecuzione della parte di commessa pubblica possono consentire il superamento di una situazione di crisi.

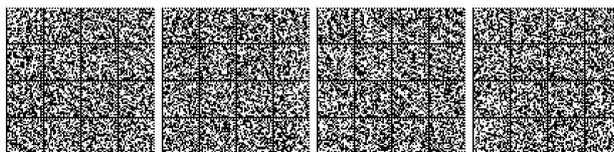
Non pare giustificare un diverso trattamento la posizione che la mandataria assume nei confronti della stazione appaltante ove confrontata con quella dell'impresa che contratti *uti singula*: il mandatario, munito di mandato collettivo speciale con rappresentanza conferito dalle altre imprese costituenti il raggruppamento, «esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti» (art. 45, comma 2, lettera *d*) del codice dei contratti pubblici), ha «la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo o atto equivalente fino alla estinzione di ogni rapporto» (art. 48, comma 15).

In sostanza, il mandatario del raggruppamento temporaneo contrae con la stazione appaltante come un operatore economico che abbia partecipato singolarmente, con la sola differenza che gli effetti dei suoi atti si riverberano nella sfera giuridica dei mandanti.

Allo stesso modo, non pare giustificare un diverso trattamento il regime di responsabilità dei mandati nei confronti della stazione appaltante, posto che ai sensi dell'art. 48, comma 5, prima parte del codice dei contratti pubblici: «L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore o del fornitore» e che, pertanto, la stazione appaltante potrà richiedere al mandatario (ma anche a ciascuno dei mandanti) l'intera prestazione oggetto del contratto (art. 1292 del codice civile), come pure risarcimento del danno in caso di inadempimento, e, siccome, normalmente, si tratterà di prestazione indivisibile (art. 1316 del codice civile), ove intenda richiedere l'esatto adempimento, dovrà rivolgere richiesta per intero ad una delle imprese (art. 1317 del codice civile). Solo se uno dei mandanti ha assunto l'impegno all'esecuzione di lavori scorporabili ovvero prestazioni secondarie (in caso di servizi e forniture), il mandatario è responsabile solidalmente con il mandante la cui responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza (seconda parte dell'art. 48, comma 5, citato).

Il regime di responsabilità del mandatario (come pure dei mandanti) è, dunque, identico a quello dell'impresa che abbia stipulato il contratto singolarmente e consiste nell'obbligo all'esecuzione per intero della prestazione in contratto o all'integrale risarcimento del danno per inadempimento.

Si potrebbe, anzi, dire che il regime di responsabilità previsto dal codice per il caso in cui le imprese siano aggregate in raggruppamento temporaneo risulta, per la stazione appaltante, di maggiore garanzia di quello necessitato dalla contrattazione con unico operatore economico, come sempre accade nel caso in cui sia prevista la solidarietà dal lato passivo dell'obbligazione poiché è consentito al creditore di avvalersi del patrimonio di più debitori tra i quali scegliere quello che appare maggiormente solvibile.



Tanto più che l'art. 48, comma 16, citato specifica che «Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali».

Difetta, dunque, a parere del Collegio, nel divieto imposto all'impresa mandataria, la ragionevolezza c.d. esterna da accertare in confronto ad un *tertium comparationis* omogeneo e pertinente (Corte costituzionale 12 novembre 2018, n. 197), che, nella disciplina in esame, è l'operatore economico che partecipi alla procedura di gara in forma singola. Ma che può essere anche l'operatore economico nell'ambito del consorzio ordinario ai sensi dell'art. 45, comma 2, lettera e), specie se non ancora costituito al momento della presentazione della domanda di partecipazione, poiché, in quel caso, come accade per il raggruppamento temporaneo di imprese, l'art. 48, comma 8, prevede il conferimento del medesimo mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi che viene qualificato come mandatario e stipula in nome e per conto dei mandanti.

Per l'impresa che sia aggregata in consorzio con il ruolo di mandataria il divieto alla partecipazione alla procedura di gara non sussiste e deve ritenersi applicabile la disciplina generale.

Per le ragioni esposte, difetta, altresì, anche la ragionevolezza c.d. interna, tra le diverse fattispecie contemplate all'interno della medesima disposizione: qualora l'impresa in concordato con continuità non rivesta il ruolo di mandataria, ma quello di mandante (e sempre che non vi siano altre imprese aderenti assoggettate a procedura concorsuale), può prendere parte alle procedure di gara. Senonché, per quanto detto le mandanti sono sottoposte, come la mandataria, alla responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, e sono personalmente responsabili ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

È vero, poi, che esse attribuiscono alla mandataria il compito di interloquire con la stazione appaltante, mediante il conferimento del mandato collettivo speciale, ma è vero pure che l'art. 48, comma 15, dopo aver previsto che al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, precisa che: «La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti».

Infine, risalta anche la mancanza di ragionevolezza c.d. intrinseca, da accertarsi nella coerenza tra obiettivo dichiarato della norma e mezzi per perseguirlo: non v'è dubbio che l'obiettivo dichiarato dalla norma - per la sua collocazione all'interno della legge fallimentare - è quello della tutela dei creditori dell'impresa in concordato, prima ancora che quello della garanzia di adempimento dell'impegno assunto dal raggruppamento nei confronti della stazione appaltante.

Il divieto posto dall'art. 186-bis, comma 6, legge fallimentare dovrebbe, per questo, impedire all'impresa in concordato di assumere un impegno particolarmente gravoso per il quale si riveli, poi, inadeguata in ragione dello stato di crisi in cui versa. Vero questo, tuttavia, va considerato che l'impedimento, negando all'impresa la *chance* di ottenere un flusso di denaro utile al superamento dello stato di crisi derivante dall'esecuzione dell'appalto potrebbe produrre una situazione vieppiù pregiudizievole per le ragioni creditorie, aprendo la strada al fallimento dell'imprenditore e, dunque, ad una comparativamente minore possibilità di soddisfazione delle loro ragioni. E ciò tanto più che il mandatario di un raggruppamento, rispetto all'imprenditore che partecipi singolarmente, esegue una parte, sia pure maggioritaria, dell'opera o dei servizi e forniture e, per questo, ha maggior possibilità dell'altro di portare a termine correttamente l'impegno assunto. Appare quindi irragionevole, rispetto agli obiettivi avuti di mira, un divieto assoluto a livello legislativo, tale da impedire a priori il giudizio prognostico in *plena cognitio* demandato al giudice della procedura, che valuti per il tipo di impegno che intenda assumere l'impresa se i mezzi dei quali dispone siano adeguati e facciano ragionevolmente prevedere l'esito positivo dell'affare. La disciplina in esame risulta pertanto intrinsecamente illogica nella misura in cui sottrae al giudice della procedura (e in genere agli organi preposti) ogni valutazione comparata tra commessa da affidare e stato dell'impresa;

art. 41 Costituzione: il divieto contenuto nell'art. 186-bis, comma 6, legge fallimentare costituisce una limitazione alla autonomia privata dell'imprenditore che non può assumere la rappresentanza delle imprese mandanti e, in ultima analisi, non può rendersi parte di un contratto di appalto con un soggetto pubblico. Per questo l'imprenditore è limitato nel libero spiegarsi della sua capacità contrattuale.

La ragione è stata individuata nell'intento del legislatore di tutelare i creditori da scelte non ponderate dell'impresa in grado di aggravare lo stato di crisi esistente, e, da questo punto di vista, risponde all'utilità sociale di evitare la completa dispersione del patrimonio dell'imprenditore con conseguente impossibilità di soddisfazione dei creditori; tuttavia, l'impresa che è ammessa a concordato preventivo con continuità aziendale è impresa che, pur in stato di crisi, è in grado di continuare ad operare sul mercato proponendo beni e servizi, ed anzi, mediante la continuazione dell'attività, potenzialmente di rientrare dalla situazione di difficoltà *medio tempore* vissuta.



Risponde, allora, all'utilità sociale non già limitarne la sua libertà contrattuale, ma anzi favorirne il massimo dispiegarsi, per l'acquisizione di clientela di sicura solvibilità, come è il soggetto pubblico, e, così giovare di denaro da reimpiegare nell'attività di impresa. Per queste considerazioni, la limitazione all'autonomia privata finisce coll'essere ingiustificata e in contrasto con il dettato costituzionale;

art. 97 Costituzione: il principio di buon andamento dell'azione amministrativa trova attuazione nella materia dei contratti pubblici con gli obblighi di evidenza pubblica, legislativamente considerati il mezzo per la selezione del contraente migliore. Rispetto al fondamento normativo così evidenziato, il divieto posto dall'art. 186-bis, comma 6, legge fallimentare alla partecipazione ad una procedura di gara del mandatario in concordato preventivo con continuità aziendale determina una ingiustificata limitazione del potere di scelta spettante in via generale alle pubbliche amministrazioni, che non potrà, per questa sola ragione, contrattare con un'impresa che potrebbe rivelarsi la più qualificata e capace ad eseguire la commessa (o parte della commessa) posta a gara, e nei cui confronti gli organi della procedura concorsuale esprimano un giudizio di compatibilità di tale partecipazione rispetto alla sua situazione economico-patrimoniale e di convenienza per i creditori.

In ragione del promuovimento della questione di legittimità costituzionale il presente giudizio va sospeso fino alla pronuncia della Corte costituzionale, cui gli atti vanno trasmessi. Vanno inoltre disposti gli adempimenti previsti dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), nei sensi indicati in dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione quinta), dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 186-bis, comma 6, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), aggiunto dall'art. 33, comma 1, lettera h), decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, in riferimento agli articoli 3, 41 e 97, della Costituzione, nei sensi e nei termini di cui alla motivazione della presente ordinanza.

Dispone la sospensione del presente giudizio sino alla decisione della Corte costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale quale sopra sollevata.

Riserva alla sentenza definitiva ogni statuizione sulle spese di causa.

Ordina che a cura della segreteria gli atti del giudizio siano trasmessi alla Corte costituzionale e che la presente ordinanza, oltre che comunicata alle parti, sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 30 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF;

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore;

Angela Rotondano, Consigliere;

Alberto Urso, Consigliere;

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere;

Il Presidente: FRANCONIERO

L'Estensore: DI MATTEO



N. 151

Ordinanza del 29 maggio 2019 della Corte di appello di Palermo nel procedimento penale a carico di A.D.N.

Esecuzione penale - Sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi - Esclusione nei confronti delle persone condannate per il reato di cui all'art. 319-*quater*, primo comma, cod. pen., aggiunto dalla legge n. 3 del 2019 all'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 tra i reati ostativi alla concessione di determinati benefici penitenziari.

In via subordinata: Esecuzione penale - Sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi - Esclusione nei confronti delle persone condannate per il reato di cui all'art. 319-*quater*, primo comma, cod. pen., aggiunto dalla legge n. 3 del 2019 all'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 tra i reati ostativi alla concessione di determinati benefici penitenziari - Mancata previsione di un regime transitorio.

- Codice di procedura penale, art. 656, comma 9, lettera *a*), nella parte in cui richiama l'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 1, comma 6, lettera *b*), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), in relazione all'art. 319-*quater*, primo comma, del codice penale.

CORTE DI APPELLO DI PALERMO

La Corte di appello di Palermo - Sezione I penale composta dai signori:

- 1) dott.ssa Adriana Piras - Presidente rel. est.;
- 2) dott. Mario Conte - consigliere;
- 3) dott.ssa Luisa Anna Cattina - consigliere,

riunita in camera di consiglio, sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 23 maggio 2019, sentite le parti, ha emesso la seguente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale e di contestuale sospensione del procedimento.

Con richiesta, pervenuta in data 9 aprile 2019, il difensore di D.N.A. in atto detenuto presso la Casa circondariale di Trapani, in forza di ordine di esecuzione emesso dalla Procura generale presso la Corte di appello di Palermo in data 26 marzo 2019, chiede dichiararsi la temporanea inefficacia dell'ordine di esecuzione della pena per la durata di giorni trenta al fine di formulare richiesta di misura alternativa alla detenzione e, in subordine, chiede di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* della legge n. 354/1975, come modificato dall'art. 1, comma 6 della legge n. 3/2019, entrato in vigore il 31 gennaio 2019;

Letti gli atti;

Premesso che, con sentenza resa da questa Corte territoriale il 24 aprile 2018, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Marsala in data 9 febbraio 2015, irrevocabile per il D.N. il 13 marzo 2019, il predetto imputato è stato condannato alla pena di anni tre, mesi quattro di reclusione per il reato di cui all'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale;

Ritenuto, preliminarmente, che l'istanza di sospensione dell'esecuzione così come proposta risulta ammissibile. Invero, a mente dell'art. 656 del codice di procedura penale, come modificato dalla legge n. 165/1998, il pubblico ministero, fermo il dovere di emettere l'ordine di carcerazione per le pene detentive brevi, deve, contestualmente, sospenderne l'esecuzione con separato provvedimento, assegnando al condannato un termine di trenta giorni per formulare richiesta di misure alternative. Ne consegue che, ove non sia adottato il provvedimento di sospensione, non essendo prevista la facoltà di proporre al pubblico ministero istanza di annullamento o di revoca dell'ordine di carcerazione legittimamente emesso, deve però essere consentito al condannato di rivolgere al giudice dell'esecuzione un'istanza di declaratoria di inefficacia temporanea del provvedimento che dispone la carcerazione, e ciò in applicazione analogica dell'art. 670 del codice di procedura penale (*cf.* Cassazione - Sezione I, sentenza n. 25538 del 10 aprile 2018 Cc. - dep. il 6 giugno 2018 - rv. 273105: «Il giudice dell'esecuzione non può annullare l'ordine di esecuzione emesso dal pubblico ministero senza il contestuale provvedimento di sospensione per pene detentive brevi, ma deve esclusivamente dichiararlo temporaneamente inefficace per consentire al condannato di presentare, nel termine di trenta giorni, la richiesta di concessione di una misura alternativa alla detenzione»; Cassazione - Sezione I, sentenza n. 2430 del 17 giugno 1999 - udienza del 23 marzo 1999, Kola; rv. 213875);



Tanto premesso, in punto di fatto, risulta che nei confronti del D.N. è stato emesso dalla Procura generale di Palermo ordine di carcerazione n. 222/2019 SIEP in data 26 marzo 2019 in relazione alla pena di anni tre, mesi sei di reclusione inflitta al predetto per il reato di cui all'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale, commesso il 9 giugno 2010, con sentenza emessa dalla Corte di appello di Palermo il 24 aprile 2018, irrevocabile il 13 marzo 2019;

Tanto precisato, l'ordine di esecuzione di cui si invoca la sospensione afferisce a pena detentiva infraquadriennale inflitta per reato previsto attualmente dall'art. 4-*bis* della legge n. 354/1975 come ostativo alla applicazione di misure alternative alla detenzione a seguito della modifica introdotta dall'art. 1, comma 6 della legge n. 3/2019, entrato in vigore il 31 gennaio 2019;

Al momento dell'emissione del suddetto ordine di carcerazione il D.N. si trovava in stato di libertà;

La difesa invoca l'adozione di un provvedimento di sospensione alla stregua di una interpretazione costituzionalmente orientata del precetto di cui all'art. 1, comma 6 della legge n. 3/2019, sotto il profilo della sua possibile interpretazione quale norma sostanziale più sfavorevole, inapplicabile retroattivamente a fatti — come nel caso di specie — commessi prima della sua entrata in vigore;

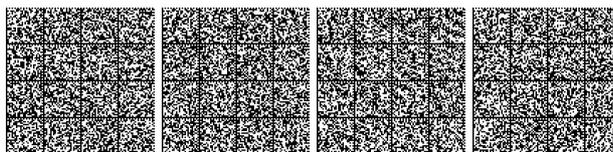
In subordine, in difetto delle condizioni per simile operazione ermeneutica, denuncia l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera *b*) della legge 9 gennaio 2019, n. 3, là dove ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione tra quelli «ostativi» ai sensi dell'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, senza prevedere un regime intertemporale e, in ogni caso, laddove, ha inserito alcuni reati contro la pubblica amministrazione, tra i quali quello di cui all'art. 319-*quater* del codice penale, tra quelli ostativi ai benefici di cui all'art. 4-*bis* della legge n. 354/1975, per contrasto con gli articoli 3, 24, 25, comma secondo, 27, comma 3, 117 della Costituzione e 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, evidenziando che:

avendo riguardo al combinato disposto degli articoli 656, comma 9, lettera *a*) del codice di procedura penale e 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, in relazione al delitto di cui all'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale (ormai irrevocabilmente ascritto al D.N.), inserito nel novero dei reati di cui allo stesso art. 4-*bis* in virtù della novella del 9 gennaio 2019, n. 3, non sia più possibile sospendere l'ordine di esecuzione ai fini della richiesta di misure alternative alla detenzione in stato di libertà. In assenza di una disposizione transitoria regolativa dei limiti temporali di applicazione della nuova disciplina, l'emissione dell'ordine di carcerazione è pertanto «obbligata», con una modifica peggiorativa del trattamento penitenziario. Modifica peggiorativa «a sorpresa» atteso che, al momento in cui è stato commesso il reato, il D.N. poteva ragionevolmente confidare che la sanzione sarebbe rimasta nei limiti di operatività delle misure alternative. Evidenzia, pertanto, come tale modifica *in itinere* delle «regole del gioco», in quanto del tutto imponderabile all'atto della commissione del reato, si ponga in evidente contrasto con l'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in situazioni analoghe — rilevante ai fini dell'art. 117 della Costituzione —, là dove viola il principio dell'affidamento quanto alla prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie (v. per tutte Grande Camera 21 dicembre 2013, Del Rio Prada contro Spagna);

sotto diverso aspetto, pone in luce come la novella normativa, nel modificare le modalità di esecuzione della pena — tradizionalmente ritenute avere valenza meramente processuale — abbia nondimeno inciso direttamente sul contenuto afflittivo della pena e quindi sulla stessa «natura della sanzione», di fatto tramutata da «alternativa» in «detentiva». Tenuta presente l'impostazione «sostanzialistica» ed «antiformalista» ormai affermatasi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione ad istituti che presentano marcati tratti di analogia con il peculiare regime esecutivo imposto per i reati di cui al citato art. 4-*bis* (richiamata nuovamente la decisione della Grande Camera del 21 dicembre 2013, Del Rio Prada contro Spagna), i mutamenti con effetti concretamente peggiorativi sul regime della sanzione inflitta, devono ritenersi avere natura, non processuale, ma sostanziale, con conseguente inapplicabilità retroattiva;

infine, la difesa censura la costituzionalità dello stesso inserimento nel novero dei reati soggetti allo speciale regime di cui al citato art. 4-*bis* dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (in particolare, di quello di cui all'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale che viene in rilievo nella specie), in quanto in chiaro contrasto con la funzione rieducativa della pena.

Ritiene la Corte di non potere accedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata del combinato disposto di cui agli articoli 656, comma 9, lettera *a*) del codice di procedura penale e 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificato dall'art. 1, comma 6 della legge 9 gennaio 2019, n. 3.



Invero, avuto riguardo al «diritto vivente», quale si connota alla luce del diritto positivo e della lettura giurisprudenziale fino ad ora consolidata a seguito della decisione delle Sezioni unite del 2006, le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, sono da considerarsi norme penali processuali e non sostanziali.

Pertanto sono soggette — in assenza di una specifica disciplina transitoria — al principio *tempus regit actum* e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall'art. 2 del codice penale e dall'art. 25 della Costituzione (Sezione U n. 24861 del 30 maggio 2006, pubblico ministero in proc. A., rv. 233976; Sezione I, n. 46649 dell'11 novembre 2009, Nazar, rv. 245511; Sezione I, n. 11580 del 5 febbraio 2013, Schifato, rv. 288310. Da ultimo; VI Sezione pen. n. 535 del 14 marzo 2019).

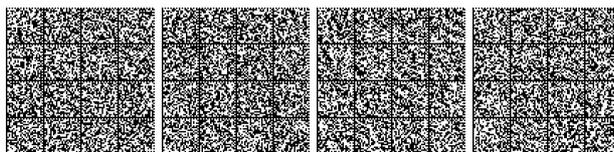
Tale principio trova conferma in una decisione della Corte costituzionale, intervenuta con riferimento alle misure alternative in corso al momento dell'entrata in vigore del decreto-legge n. 152 del 1991, la quale, pur osservando che la tesi che afferma che il principio di irretroattività è dettato, oltre che per la pena, anche per le disposizioni che ne regolano l'esecuzione «potrebbe meritare una seria riflessione», tuttavia ha chiarito che «anche in materie non soggette al principio di irretroattività della legge, (...) la vanificazione con legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza», con ciò assumendo che la norma valutata — proprio l'inserimento della ostatività — non sia soggetta al principio di irretroattività (cfr. Corte costituzionale n. 306/93; anche Corte costituzionale n. 376/97 ha affermato il medesimo principio rispetto all'applicazione del regime di cui all'art. 41-bis O.P. ai reati commessi prima della sua entrata in vigore espressamente precisando che: «... il principio di irretroattività non si può estendere a provvedimenti che non incidono sulla qualità e quantità della pena, ma solo sulle modalità di esecuzione della pena o della misura detentiva, nell'ambito delle regole e degli istituti che appartengono alla competenza dell'amministrazione penitenziaria»).

Il principio va ribadito in questa sede, pur non revocandosi in dubbio che, nella più recente giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo, ai fini del riconoscimento delle garanzie convenzionali, i concetti di illecito penale e di «pena» abbiano assunto una connotazione «antiformalista» e «sostanzialista», privilegiandosi alla qualificazione formale data dall'ordinamento, la valutazione in ordine al tipo, alla durata, agli effetti nonché alle modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta (caso Del Rio Prada contro Spagna del 21 ottobre 2013).

Ciò posto, ritiene la Corte che vada, in linea principale, esaminata la questione, rivestente carattere assorbente, della dedotta illegittimità costituzionale dell'inclusione del delitto di cui all'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale tra quelli ostativi ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 656, comma 9 del codice di procedura penale, 4-*bis* della legge n. 354/1975 e 1, comma 6, lettera *b*) della legge n. 3/2019.

Va precisato che occorre distinguere i due piani (quello delle modifiche delle condizioni per l'accesso alle misure alternative e quello della sospensione dell'ordine di esecuzione per consentire la richiesta delle misure alternative stando fuori dal carcere), piani distinti che non devono essere confusi, in quanto, in questa sede, non possono essere fatte valere richieste o questioni di incostituzionalità dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario poiché il giudice dell'esecuzione non è competente in materia di applicazione dei benefici penitenziari (vedi per tutte Cassazione - Sezione I, sentenza n. 24106 del 26 maggio 2009: «... la competenza all'applicazione delle misure alternative alla detenzione, in ipotesi di soggetto che fruisca della sospensione della pena, appartiene al tribunale di sorveglianza del luogo ove ha sede l'ufficio del pubblico ministero preposto all'esecuzione, in forza della regola posta dall'art. 656, comma sesto del codice di procedura penale, la quale deve ritenersi speciale rispetto al principio generale di cui all'art. 677, stesso codice ...»), ma possono, di contro, essere proposte richieste o essere sollevate questioni di incostituzionalità dell'art. 656, comma 9 del codice di procedura penale, essendo pacificamente competenza del giudice di esecuzione decidere se l'ordine di esecuzione possa essere dichiarato temporaneamente inefficace per consentire il deposito dell'istanza di misura alternativa (vedi per tutte Cassazione - Sezione I del 13 ottobre 2008, n. 41592 ma anche Cassazione - Sezione I, n. 852/1998: «... ove, pur essendovi tenuto il pubblico ministero non provveda a sospendere o a far cessare l'esecuzione dell'ordine di carcerazione a seguito dell'istanza di affidamento in prova terapeutico, il richiedente può far valere eventuali doglianze mediante incidente di esecuzione, trattandosi di questione che investe il titolo esecutivo ... e il G.E. resta investito di un controllo limitato alla verifica del corretto esercizio del potere attribuito al pubblico ministero»).

Tanto puntualizzato, escluso che possa procedersi ad una lettura costituzionalmente orientata della norma, non sostenibile alla luce del granitico orientamento innanzi richiamato — e che pure questa Corte fa proprio — sulla natura processuale della norma in questione, risulta rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera *a*) del codice di procedura penale come integrato dall'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, a sua volta modificato dall'art. 1, comma 6, lettera *b*) della legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione, ed in particolare il reato di cui



all'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale, tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari e, nella specie, dalla possibilità di richiedere — per una pena contenuta nei quattro anni — le misure alternative alla detenzione ai sensi dell'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, per contrasto con gli articoli 3 e 27, comma 3 della Costituzione.

Va premesso che si ritiene sussistere in capo a questa Corte territoriale la legittimazione a proporre l'incidente di costituzionalità, essendo chiamata ad esercitare una effettiva ed attuale *potestas decidendi* proprio in relazione alla norma sospettata di incostituzionalità, emettendo all'esito un giudizio potenzialmente definitivo del procedimento.

Invero, tenuto conto della natura processuale della norma, con riferimento al reato ascritto al D.N., la cui condanna è divenuta irrevocabile il 13 marzo 2019, ossia dopo l'entrata in vigore della novella n. 3/2019, è stato emesso ordine di esecuzione della pena detentiva e non è possibile disporre la sospensione dell'esecuzione ai sensi del combinato disposto dell'art. 656, comma 9 del codice di procedura penale in base all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario (come novellato nel gennaio 2019).

Ne consegue che, se la denunciata norma venisse dichiarata incostituzionale, il D.N. potrebbe ottenere l'invocato provvedimento di sospensione dell'ordine di carcerazione.

Diversamente, non sarebbe ammesso a fruire di tale beneficio.

Esiste, dunque, un chiaro collegamento giuridico fra norma della cui costituzionalità si dubita e *regiudicanda* all'esame di questo giudice, tale che il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale, che avrebbe ricadute immediate e dirette sulla decisione.

Parimenti, deve ritenersi sussistere la non manifesta infondatezza della questione proposta.

Si evidenziano, invero, profili di contrasto con il principio di ragionevolezza/eguaglianza (art. 3 della Costituzione), in quanto la scelta legislativa di inserire il menzionato reato contro la pubblica amministrazione nel regime di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario implica l'estensione al delitto di cui all'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale, di una peculiare «presunzione di pericolosità che concerne i condannati per i delitti compresi nel catalogo», che, tuttavia, pare prevalere «irragionevolmente» sull'istanza rieducativa (art. 27/3 della Costituzione) che l'accesso a misura extramuraria senza osservazione in carcere si impegna appunto a preservare.

In particolare, la novella, inserendo, tra gli altri, il delitto di cui all'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale, come ostativo alla possibilità di accesso da liberi alle misure alternative alla detenzione, dà luogo ad un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato, senza che sussistano adeguati indicatori che possano giustificare l'eccezione.

Inoltre, tale ostatività sembra contrastare con il principio costituzionale di cui all'art. 27, comma III della Costituzione, ossia con la finalità rieducativa della pena nella precipua prospettiva di una indebita compressione di tale principio e del principio del «minimo sacrificio necessario» che limita il ricorso alla massima sanzione custodiale, in quanto priva di alcuna indicazione specifica che avvalori la necessità di un forzoso «assaggio di pena» e di una previa osservazione in carcere.

Così esposta la questione, giova ricordare che, di recente, con ordinanza del 20 novembre 2018, n. 57913, la Suprema Corte di cassazione, accanto ad una serie di profili inerenti la stessa natura dell'art. 4-*bis* O.P. e le peculiarità del permesso premio (beneficio richiesto nel caso specifico), richiamando una parte della giurisprudenza costituzionale che ha falcidiato le presunzioni assolute di cui all'art. 275, comma 3 del codice di procedura penale, con particolare riferimento ai reati di concorso esterno e finalisticamente mafiosi, ha sostanzialmente evidenziato come tale decisione, insieme a quelle di segno analogo per altre tipologie di reato, ha portato alla riformulazione della norma ad opera della legge n. 47 del 2015. Gli interventi citati hanno un filo conduttore comune: l'affermazione secondo cui le presunzioni assolute devono essere giustificate — per essere conformi al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione — da peculiari profili di pericolosità («le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»: cfr. Corte costituzionale n. 139/2010).

La Corte costituzionale ha esplicitamente rimarcato che ciò che «vulnera i parametri costituzionali richiamati non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilevanza al principio del «minimo sacrificio necessario». La previsione, invece, di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria — atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio, suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario — non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso» (vds. sentenze n. 110 del 2012, n. 331, n. 231 e n. 164 del 2011 e n. 265 del 2010).



Dunque, i giudici delle leggi sono pervenuti a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2, comma 1 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, «nella parte in cui — nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* del codice penale o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari — non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Nell'apprezzamento di queste ultime risultanze, il giudice dovrà valutare gli elementi specifici del caso concreto, tra i quali l'appartenenza dell'agente ad associazioni di tipo mafioso ovvero la sua estraneità ad esse».

Indubbiamente, sussiste un ampio margine rimesso alla discrezionalità legislativa nell'identificare peculiari situazioni che suggeriscano di imporre un periodo di carcerazione in attesa che l'organo competente decida sulla misura alternativa, in ragione — appunto — della particolare pericolosità sottesa a taluni reati e posta a fondamento della ragione ostativa alla sospensione dell'ordine di esecuzione.

La questione, dunque, è se tale presunzione di pericolosità sia, per l'ipotesi oggetto del presente incidente di esecuzione, irragionevole (*cf.* Corte costituzionale n. 265/2010).

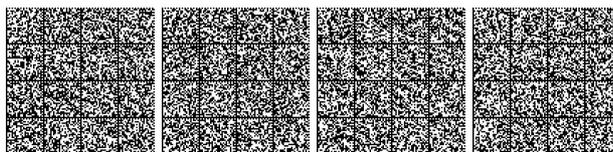
In tal senso è stato reiteratamente affermato che la mera gravità astratta del reato o il particolare rango del bene giuridico — così come ragioni di particolare allarme sociale ovvero intenti general-preventivi — non possono essere di per sé indici di pericolosità valevoli a fondare la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare, come a più riprese evidenziato dalla Corte costituzionale né — per quanto sopra detto circa la comunanza del presupposto — possono fondare la medesima presunzione in sede esecutiva.

Invero, la medesima *ratio* aveva ispirato il legislatore delegato della riforma dell'ordinamento penitenziario, proprio nella riformulazione (in senso riduttivo e dunque diametralmente opposto all'attuale tendenza) dell'art. 4-*bis* O.P.

In proposito, nella relazione illustrativa dell'elaborato della Commissione Orlando, si evidenziava come solo eliminando gli «automatismi» e le «preclusioni impeditive o ritardanti l'avvio di un percorso trattamentale individualizzante in ragione del titolo di reato e delle caratteristiche personali del condannato, possono evitarsi profili di illegittimità costituzionale», giustificandosi eventuali deroghe solo per «i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque (per) le condanne per i delitti di mafia e terrorismo, ai quali possono essere assimilati — quali espressioni degli altri “casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati” — anche le altre fattispecie già inserite nel primo comma, limitando gli spazi applicativi delle preclusioni, però, alle sole ipotesi associative e ai soggetti che rivestano un ruolo apicale in seno al sodalizio, fatta eccezione per alcuni delitti già annoverati nell'elencazione del comma 1, che, per loro struttura, implicano l'esistenza di profili organizzativi. Il riferimento ultimo è ai delitti di cui all'art. 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù), 600-*bis*, comma 1, (Prostituzione minorile), 601 (Tratta di persone), 609-*octies* (Violenza sessuale di gruppo) del codice penale, tutti connotati, al di là dell'aspetto formale di tipo monosoggettivo, di una sostanziale conformazione plurisoggettiva, ora per il riferimento a modalità organizzative che evocano la compartecipazione di più soggetti, ora per l'apprezzamento casistico della corrispondente fenomenologia criminale».

La soluzione legislativa non è irragionevole solo se amplia l'orbita applicativa dell'art. 4-*bis*, comma 1, O.P. secondo parametri di selezione oggettivi, tratti dalla disciplina esistente — ossia da scelte di politica criminale già compiute dal legislatore — e da ragioni di ordine logico-sistematico, che puntano a riportare il meccanismo ostativo alla sua ispirazione originaria.

Invero, il rigido divieto di accesso ai benefici extramurari è stato introdotto, da un lato, per impedire che il potenziale fruitore venga riassorbito nelle organizzazioni criminali di appartenenza in caso di concessione di spazi di libertà; dall'altro, per incentivare la collaborazione con la giustizia, elemento considerato indispensabile per debellare consorterie altrimenti impenetrabili. Presupposto giustificante la netta preclusione disciplinata al comma I risiede in una presunzione di stabilità del legame criminoso, accompagnata dal forte rischio di riallacciamento dei contatti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, richiamato a più riprese dall'art. 4-*bis* O.P. come cardine del regime derogatorio. Nelle ipotesi «di prima fascia» questo rischio deve essere di intensità tale da giustificare una presunzione superabile solo mediante una proficua collaborazione, unico indice in grado, per legge, di sancire il distacco definitivo dal sodalizio di appartenenza.



Dunque, la *ratio* del meccanismo preclusivo di cui all'art. 4-*bis* ha assolto, fin dalla sua introduzione, alla funzione di individuare puntualmente una serie di fattispecie delittuose considerate di particolare allarme sociale, per riconnettervi una disciplina del trattamento penitenziario derogatoria rispetto a quella ordinaria, sulla base dell'assunto che la lotta ad alcune gravi forme di criminalità sia efficacemente conducibile (anche) sul piano esecutivo della pena.

Se così è, solo laddove la scelta legislativa sia conforme a tale spirito la disposizione novellata può essere immune da censure di irragionevolezza.

A tal proposito va ricordato che, nel tempo, la giurisprudenza costituzionale, elaborata in sede cautelare, ha imposto al legislatore di non creare doppi binari fondati sul mero allarme sociale, bensì su «ragioni giustificanti chiaramente riconoscibili».

Per contro, con l'art. 1, comma 6, lettera *b*) della legge 9 gennaio 2019, n. 3 — evocativamente definita «legge spazacorrotti» — il legislatore ha sancito l'ingresso del delitto di cui all'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale, e di altri delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione nel novero dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis*, comma 1 della legge n. 354/1975, integrante l'art. 656 del codice di procedura penale per effetto del quale gli autori dei delitti ivi contemplati sono esclusi dall'accesso alla quasi totalità dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione, a meno che non abbiano collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* dell'ordinamento penitenziario o, in virtù delle innovazioni apportate dalla legge in commento, «a norma dell'art. 323-*bis*, secondo comma del codice penale».

Si tratta di una scelta che evidenzia una tendenza legislativa all'ampliamento degli automatismi preclusivi fondati su presunzioni assolute di pericolosità sociale, tendenza che, per quanto concerne la materia penitenziaria, trova il suo terreno di elezione e punto di emersione principale proprio nel regime di cui all'art. 4-*bis* O.P.

Nella relazione introduttiva al disegno di legge n. 1189, presentato alla Camera dei deputati il 24 settembre 2018, in atti parl. - Camera dei deputati, pp. 1-2, la scelta legislativa trova questa testuale spiegazione: «il livello di corruzione percepita nel settore pubblico è molto alto [...]. Recenti studi e pubblicazioni, indagini e procedimenti penali per fatti di corruzione gravissimi e sistematici (alcuni dei quali hanno avuto anche vasta eco mediatica) mostrano come la corruzione e gli altri reati contro la pubblica amministrazione siano delitti seriali e pervasivi, che si traducono in un fenomeno endemico, il quale alimenta mercati illegali, distorce la concorrenza, costa alla collettività un prezzo elevatissimo, in termini sia economici, sia sociali. Non va sottovalutato, infatti, che la distorsione delle funzioni amministrative altera i meccanismi della competizione fra imprese e fra individui, favorendone alcune o alcuni a danno di altri, a prescindere dalle effettive qualità imprenditoriali o professionali dei soggetti coinvolti. Ne risultano danneggiate complessivamente l'economia, la crescita culturale e sociale del Paese, l'immagine della pubblica amministrazione e la fiducia stessa dei cittadini nell'azione amministrativa».

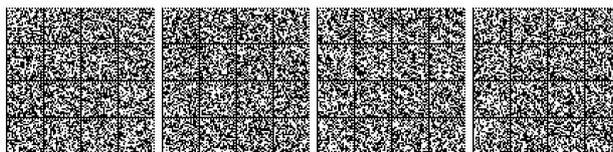
Ebbene, tale scelta legislativa con i suoi accennati caratteri estensivi del regime preclusivo previsto nell'art. 4-*bis* O.P. richiamato, per quel che rileva in questa sede, dall'art. 656 del codice di procedura penale, sembra muoversi in direzione contraria rispetto ai recenti orientamenti manifestati sul punto dalla Corte costituzionale, la quale ha gradatamente eroso la severità delle preclusioni direttamente imposte dall'art. 4-*bis* o a questo indirettamente connesse.

Le censure di illegittimità costituzionale della norma hanno avuto quale principio base di riferimento la violazione del principio rieducativo della pena *ex* art. 27, comma 3 della Costituzione.

In proposito, con la sentenza n. 306 del 1993, la Corte, pur salvando la disciplina dettata dall'art. 4-*bis* in base alla c.d. teoria della polifunzionalità della pena, ha tuttavia sottolineato — limitatamente alla possibilità di revoca delle misure alternative concesse prima dell'entrata in vigore della regolamentazione restrittiva — l'irragionevolezza del requisito della collaborazione, definito pacificamente quale «uno strumento di politica criminale e non [...] un indice di colpevolezza o criterio di individualizzazione del trattamento».

Anche nelle pronunce n. 504/1995 e n. 137/1999 in tema di permessi premio, nonché n. 445/1997 in materia di semilibertà, i giudici costituzionali hanno valorizzato il principio rieducativo, sul versante della progressività del trattamento, affermando che il diniego di un beneficio non può essere motivato sulla base dell'assenza di collaborazione, a fronte di un percorso rieducativo già in essere al momento di entrata in vigore della disciplina di cui all'art. 4-*bis*.

Il meccanismo preclusivo previsto dall'art. 4-*bis*, comma 1 è stato avallato, invece, dalla sentenza 9-24 aprile 2003, n. 135 dalla Corte costituzionale sulla base dell'asserita assenza di qualsiasi automatismo: ad avviso della Corte, infatti, «la preclusione prevista dall'art. 4-*bis*, comma 1, [...] dell'ordinamento penitenziario non [sarebbe] conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriv[erebbe] dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude[rebbe] pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta» (*cf.* Corte costituzionale, sentenza 9-24 aprile 2003, n. 135).



Ed ancora, con la sentenza n. 239/2014, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari ivi previsto la detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-quinquies, nonché, per identità di ratio, la detenzione domiciliare contemplata all'art. 47-ter, comma 1, lettere a e b; in maniera speculare, la sentenza n. 76/2017 ha censurato l'art. 47-quinquies, comma 1-bis, laddove preclude alle «madri condannate per taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis» la possibilità di espriare la frazione di pena prevista dal comma 1 presso un istituto a custodia attenuata o altro luogo di privata dimora, al fine di provvedere alla cura e assistenza dei figli minori degli anni dieci.

In entrambe le occasioni i giudici costituzionali hanno ritenuto prevalente l'interesse del minore, protetto dagli articoli 29, 30 e 31 della Costituzione, sulla necessità di difesa sociale cui è invece preposta la disciplina preclusiva. Ciò — si badi bene — non in virtù di un'apodittica asserzione di superiorità dell'uno sull'altra, bensì proprio a causa dell'irragionevolezza della presunzione assoluta e del conseguente automatismo preclusivo, che escluderebbero a priori qualsiasi bilanciamento tra valori contrapposti.

L'orientamento così delineato è stato, poi, riconfermato nelle ultime pronunce n. 149 e n. 174 del 2018, aventi a oggetto rispettivamente i meccanismi preclusivi di cui agli articoli 58-quater, comma 4 e 21-bis dell'ordinamento penitenziario, entrambi connessi all'art. 4-bis: la Corte è pervenuta, con queste ultime sentenze, a dichiarare nuovamente l'illegittimità di due automatismi fondati sulla assoluta presunzione di pericolosità sociale di cui all'art. 4-bis, in quanto contrastanti con alcuni — a questo punto preminenti — principi costituzionali. Di cruciale importanza sono, in particolare, alcuni passaggi argomentativi della sentenza n. 149/2018, in cui la Corte ha censurato la norma di cui all'art. 58-quater per violazione dell'art. 27, comma 3 della Costituzione, mettendo in luce il ruolo cardine svolto dai benefici contemplati dall'art. 4-bis, comma 1, nell'ottica del «progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa», della quale, peraltro, «il principio della progressività trattamentale e flessibilità della pena costituiscono diretta attuazione».

Ad avviso dei giudici costituzionali, la preclusione di cui all'art. 58-quater, comma 4, in base alla quale i condannati per sequestro di persona a scopo di terrorismo, di eversione o di estorsione (articoli 289-bis e 630 del codice penale) che abbiano cagionato la morte del sequestrato «non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis se non abbiano effettivamente espriato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni», impedisce l'individualizzazione del trattamento e oblitera, di conseguenza, «il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena».

Dunque, deve concludersi che l'orientamento più recente esprime un'evidente tendenza della Corte a restringere le preclusioni legate ai reati ostativi.

Anche la Suprema Corte di cassazione si è mossa nel medesimo senso.

Si intende fare riferimento alle ordinanze con le quali i giudici del Supremo collegio hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, rispettivamente: dell'art. 4-bis, comma 1 dell'ordinamento penitenziario, per contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione, nella parte in cui non esclude dal novero dei reati ostativi di prima fascia il sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 del codice penale, qualora il fatto sia stato riconosciuto di lieve entità, attesa l'irragionevolezza della presunzione di elevata pericolosità sociale in questo specifico caso; dell'art. 4-bis, comma 1, per violazione degli articoli 3 e 27 della Costituzione, nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste, che non abbia collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter dell'ordinamento penitenziario, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio; infine, dell'art. 47-ter, comma 1-bis dell'ordinamento penitenziario, per contrasto con gli articoli 3, comma 1 e 27, comma 1 e 3 della Costituzione, nella parte in cui prevede che tale disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'art. 4-bis.

Dunque, se la finalità rieducativa della pena assume carattere precipuo nella fase di esecuzione, indubbiamente le scelte ampliative del regime di rigore di cui all'art. 4-bis che il legislatore ha da ultimo compiuto con la legge n. 3/2019, suscitano seri dubbi di legittimità costituzionale.

In particolare, gli argomenti impiegati nella sentenza n. 149/2018, manifestano una netta presa di posizione nel senso della prevalenza della finalità rieducativa rispetto alle altre funzioni della pena. Ne discende la censurabilità di qualsiasi meccanismo legislativo che, attraverso preclusioni assolute sostitutive di qualsiasi valutazione individualizzata della personalità e della pericolosità sociale, sacrifichi eccessivamente il principio rieducativo al fine di soddisfare esigenze punitive ulteriori che, per quanto legittime, sono in ogni caso recessive a fronte della garanzia di cui all'art. 27 della Costituzione.



Proprio queste argomentazioni, hanno trovato, peraltro, riscontro nella più recente giurisprudenza costituzionale, ove si è rimarcato che «l'esito dello scrutinio di legittimità» sulle ipotesi di disallineamenti tra la sospensione dell'ordine di esecuzione e la possibilità di fruire dell'affidamento in prova «dipende [...] dall'adeguatezza degli indicatori che nella visione del legislatore dovrebbero opporsi all'esigenza della coerenza sistematica, fino a poter prevalere su di essa» (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 41 del 2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5 del codice di procedura penale, riscontrando non «un mero difetto di coordinamento» bensì un difetto di ragionevolezza — e dunque una violazione dell'art. 3 della Costituzione — nel mancato adeguamento legislativo - del termine previsto per sospendere l'ordine di esecuzione della pena detentiva, in modo da renderlo corrispondente al termine di concessione dell'affidamento in prova allargato (quattro anni); mancato adeguamento operato «senza alcuna ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato».

Così la citata sentenza n. 41 del 2018, sottolineando ancora — appunto con riferimento all'affidamento in prova al servizio sociale — che «[l]a natura servente dell'istituto [...] lo espone a profili di incoerenza normativa ogni qual volta venga spezzato il filo che lega la sospensione dell'ordine di esecuzione alla possibilità riconosciuta al condannato di sottoporsi ad un percorso risocializzante che non includa il trattamento carcerario».

Alla stregua di tali argomenti, ritiene questa Corte che possa giungersi a rilevare un difetto di ragionevolezza nell'inclusione, rilevante — in questa sede — ai fini della non sospensibilità dell'ordine di esecuzione emesso nei confronti del D.N., del delitto di cui all'art. 319-*quater*, comma I del codice penale, attratto ora nell'orbita dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario.

Nessun particolare indicatore segnala la necessità — anche nell'ipotesi qui rilevante dell'induttore di cui al comma I dell'art. 319-*quater* del codice penale di abbandonare «l'obiettivo di risparmiare il carcere al condannato», segnalato come prioritario dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 569 del 1989 e perseguito «al massimo grado» dal legislatore sin dalla legge n. 165 del 1998, consentendo a chi si trovava in stato di libertà la possibilità di accedere all'affidamento in prova, ossia una misura «specificamente pensata per favorire la risocializzazione fuori dalle mura del carcere».

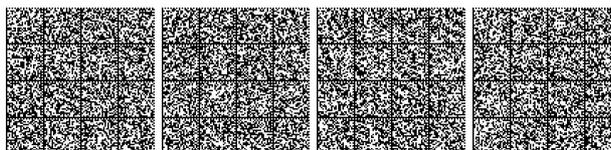
Di qui la possibile violazione dell'art. 3 della Costituzione, anche nella precipua prospettiva di una indebita compressione del principio rieducativo (art. 27/3 della Costituzione), e del principio del «minimo sacrificio necessario» che limita il ricorso alla massima sanzione custodiale.

La deroga ad una simile scelta, dunque, è deroga al principio rieducativo, e come tale — per essere ammissibile — deve trovare fondamento in una valutazione capace di giustificare l'eccezione alla luce della necessaria tutela di valori di pari rilievo costituzionale, appunto «nei limiti della ragionevolezza».

Ora, nella scelta di ricomprendere tra i reati «ostativi» i menzionati reati contro la pubblica amministrazione, ed in particolare l'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale, non pare possibile rintracciare — tra gli interessi perseguiti dal legislatore e contrapposti all'istanza rieducativa — altre valutazioni che non siano di schietto ordine generalpreventivo e di mera «deterrenza», nulla avendo a che fare la misura — e il periodo di «osservazione» intramuraria — con peculiarità trattamentali imposte dalle connotazioni strutturali del reato in rilievo (e/o delle relative tipologie di autore), alla stregua di quanto sopra esposto.

Giova ricordare, a supportare tale argomentare, che la Corte costituzionale, in una recente pronuncia in tema di ergastolo, ha espressamente affermato il «principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena», prima fra tutte la funzione generalpreventiva, posto che tale «pur legittima» finalità non può «nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società» (così la sentenza n. 149 del 2018, punto 7, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4 della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui esclude dai benefici indicati dall'art. 4-*bis*, comma 1 della legge citata, i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 del codice penale — e per il delitto di cui all'art. 289-*bis* del codice penale — che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ove non abbiano raggiunto la soglia dei ventisei anni di pena concretamente espiata; decisione che dunque riconosce «l'inderogabilità» dell'unica finalità della pena enunciata nella Costituzione).

Ed in questa prospettiva è dunque apprezzabile il contrasto con l'art. 27/3 della Costituzione, nel prisma della valutazione di ragionevolezza che, appunto, fonda e limita la legittimità delle relative deroghe. La prospettata questione è rilevante nel presente giudizio, potendo il D.N., in caso di dichiarata incostituzionalità, ottenere l'immediata sospensione dell'ordine di esecuzione, aprendosi per lui il termine di trenta giorni per proporre richiesta, da libero, di misure alternative alla detenzione per l'esecuzione della pena.



Alla stregua di quanto sopra argomentato va sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera *a*) del codice di procedura penale, come integrato dall'art. 4-*bis* della legge n. 354/1975, a sua volta modificato dall'art. 1, comma 6, lettera *b*) della legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione ed, in particolare, l'art. 319-*quater*, comma I del codice penale, tra quelli ostativi alla concessione del beneficio penitenziario di cui all'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, per contrasto con gli articoli 3 e 27, comma 3 della Costituzione.

Parimenti, ma in via subordinata, la prospettazione difensiva secondo la quale l'aver il legislatore cambiato *in itinere* le «carte in tavola» senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità con l'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, quindi, con l'art. 117 della Costituzione, là dove si traduce, per il D.N., nel passaggio — «a sorpresa» e dunque non prevedibile — da una sanzione «senza assaggio di pena» ad una sanzione con necessaria incarcerazione appare non manifestamente infondata.

Tali considerazioni, tuttavia, non possono condurre ad una «interpretazione costituzionalmente orientata» di una norma la cui natura rimane, come detto, squisitamente processuale e soggetta al tempo di applicazione.

Pongono, al contrario, un serio profilo di incostituzionalità per assenza di previsione di un regime intertemporale che renda espressamente applicabile la nuova regola processuale ai soli reati commessi prima dell'entrata in vigore della novella.

Tanto puntualizzato, la questione posta all'attenzione di questo giudice dell'esecuzione può essere così esemplificata: premesso che l'art. I, comma 6, lettera *b*) della recente legge n. 3/2019 — che ha inserito nell'elenco del 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario anche l'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale — non prevede alcuna norma di diritto intertemporale, dev'essere verificato se il disposto di cui al comma 9, lettera *a*) dell'art. 656 del codice di procedura penale, nella parte modificata a seguito della novella legislativa possa trovare applicazione anche per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della predetta novella ma in cui l'esecuzione sia iniziata successivamente.

Escluso che possa procedersi ad una lettura costituzionalmente orientata della norma, non sostenibile alla luce del granitico orientamento innanzi richiamato, e che pure questa Corte fa proprio, sulla natura processuale della norma in questione, risulta rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera *a*) come integrato dall'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificato dall'art. 1, comma 6, lettera *b*) della legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui ha inserito il reato di cui all'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale, tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, per contrasto con gli articoli 3 e 25, comma 2, e 117 della Costituzione in riferimento all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, senza prevedere un regime transitorio che dichiarasse applicabile la norma ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore.

Va premesso che si ritiene sussistere in capo a questa Corte territoriale la legittimazione a proporre l'incidente di costituzionalità, essendo chiamata ad esercitare una effettiva ed attuale *potestas decidendi* proprio in relazione alla norma sospettata di incostituzionalità, emettendo all'esito un giudizio potenzialmente definitivo del procedimento.

Invero, tenuto conto della natura processuale della norma, con riferimento al reato ascritto al D.N., la cui condanna è divenuta irrevocabile il 13 marzo 2019, ossia dopo l'entrata in vigore della novella n. 3/2019, è stato emesso ordine di esecuzione della pena detentiva e non è possibile disporre la sospensione dell'esecuzione ai sensi del combinato disposto dell'art. 656, comma 9 del codice di procedura penale in base all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario (come novellato nel gennaio 2019).

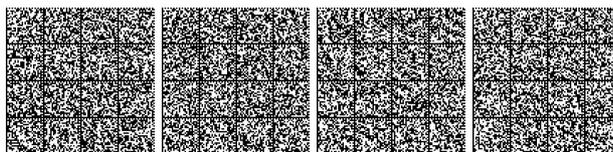
Ne consegue che se la denunciata norma venisse dichiarata incostituzionale il D.N. potrebbe ottenere l'invocato provvedimento di sospensione dell'ordine di carcerazione.

Diversamente, non sarebbe ammesso a fruire di tale beneficio.

Esiste dunque un chiaro collegamento giuridico fra norma della cui costituzionalità si dubita e *regiudicanda* all'esame di questo giudice, tale che il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale, che avrebbe ricadute immediate e dirette sulla decisione.

Sussiste, pertanto, il requisito della rilevanza stante la pregiudizialità necessaria della questione di legittimità costituzionale rispetto alla decisione, sempre subordinatamente a quella prospettata in via principale.

Parimenti, deve ritenersi sussistere la non manifesta infondatezza della questione proposta, sussistendo profili di incostituzionalità dell'art. 656, comma 9, lettera *a*) del codice di procedura penale in base all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario (come novellato nel gennaio 2019) in relazione agli articoli 3, 25, comma 2, 27 e 117 della Costituzione (come integrato dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).



Ed invero, il differente regime introdotto, senza la previsione di una norma transitoria con riguardo ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 3/2019, in quanto non accessibile né prevedibile al momento di commissione del fatto, pare porsi in aperto contrasto con l'interpretazione, ormai consolidatasi presso la Corte europea dei diritti dell'uomo, con riferimento a diversi istituti implicanti, come nel caso di specie, variazioni delle modalità esecutive della pena.

In particolare, giova richiamare la sentenza resa dalla Grande camera della Corte di Strasburgo in data 21 dicembre 2013, nel caso *Del Rio Prada* contro Spagna, con la quale - ravvisando una violazione dell'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ai sensi del quale «... non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso», tale principio ha applicato al caso della «*redención de penas por trabajo*» (che consentiva uno sconto di pena di un giorno ogni due giorni di lavoro intramurario), istituto abrogato del nuovo codice penale del 1995 ma mantenuto in via transitoria per i soggetti condannati sulla base del codice previgente, ossia un istituto assimilabile alla liberazione anticipata prevista dal nostro ordinamento. In particolare, nella richiamata sentenza, si è chiaramente delineato il concetto di «pena» e la sua «portata», evidenziando che: «il concetto di “pena” previsto all'art. 7, § 1 della Convenzione è, come la nozione di “diritti e doveri di carattere civile” e “accusa penale” di cui all'art. 6, § 1, un concetto della Convenzione autonomo. Per rendere effettiva la protezione offerta dall'art. 7, la Corte deve rimanere libera di andare oltre le apparenze e valutare da sola se una particolare misura equivale in sostanza a una “pena” ai sensi di questa disposizione (si vedano *Welch* contro Regno Unito: sentenza del 9 febbraio 1995, Serie A, n. 307-A e *Jamil* contro Francia, 8 giugno 1995, § 35, Serie A, n. 317-B)».

Nel ribadire che «il punto di partenza di ogni valutazione dell'esistenza di una pena è se la misura in questione è inflitta a seguito di condanna per un “reato”, si è precisato che: “Altri fattori che possono essere presi in considerazione in quanto rilevanti a tale riguardo sono la natura e il fine della misura; la sua caratterizzazione in base al diritto interno; le procedure relative all'emanazione e all'attuazione della misura; e la sua gravità (si vedano *Welch*, sopra citata, § 28; *Jamil*, sopra citata)».

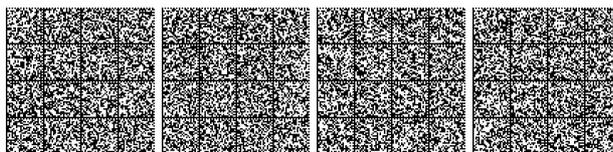
Inoltre, si è puntualizzato che «Sia la Commissione sia la Corte hanno delineato nella loro giurisprudenza una distinzione tra una misura che costituisce in sostanza una “pena” e una misura che riguarda “l'esecuzione” o “l'applicazione” della “pena”.

Conseguentemente, se la natura e il fine della misura riguarda la detrazione di pena o una modifica del regime di liberazione anticipata, essa non fa parte della pena ai sensi dell'art. 7 (si vedano, tra altri precedenti, *Hogben*, sopra citata; *Hosein*, sopra citata; *L. G. R. contro Svezia*, n. 27032/95, decisione della Commissione del 15 gennaio 1997; *Grava*, sopra citata, § 51; *Uttley*, sopra citata; *Kafkaris*, sopra citata, § 142; *Monne* contro Francia, (dec.), n. 39420/06, 1° aprile 2008; *M. contro Germania*, sopra citata, § 121; e *Giza* contro Polonia, (dec.), n. 1997/11, § 31, 23 ottobre 2012). Nella causa *Uttley*, per esempio, la Corte ha ritenuto che le modifiche apportate alle norme sulla liberazione anticipata successivamente alla condanna del ricorrente non gli fossero state “inflitte” ma che facessero parte del regime generale applicabile ai detenuti, e lungi dall'essere punitivi, la natura e il fine della “misura” erano di consentire la liberazione anticipata, pertanto non potevano essere considerati intrinsecamente “severe”. La Corte ha conseguentemente ritenuto che l'applicazione al ricorrente del nuovo regime di liberazione anticipata non facesse parte della “pena” che gli era stata inflitta».

«Nella causa *Kafkaris*, in cui delle modifiche della legislazione penitenziaria avevano privato dei detenuti che spiavano la pena dell'ergastolo — compreso il ricorrente — del diritto alle detrazioni di pena, la Corte riteneva che le modifiche riguardavano l'esecuzione della pena e non la pena inflitta al ricorrente, che rimaneva quella dell'ergastolo. Essa spiegava che benché le modifiche della legislazione penitenziaria e delle condizioni di liberazione potevano aver reso più dura la reclusione del ricorrente, non si poteva interpretare che tali modifiche infliggesero una “pena” più pesante di quella inflitta dal tribunale del merito. Essa ribadiva a tale riguardo che le questioni relative alle politiche di liberazione, alla loro modalità di attuazione e al ragionamento che è alla loro base rientrano nei poteri degli Stati parti della Convenzione di determinare la propria politica penale (si vedano *Achour*, sopra citata, § 44 e *Kafkaris*, sopra citata, § 151).

Ma la medesima Corte ha tuttavia riconosciuto anche che in pratica la distinzione tra una misura che costituisce una “pena” e una misura che riguarda “l'esecuzione” e “l'applicazione” della “pena” può non essere sempre chiara (si vedano *Kafkaris*, sopra citata, § 142; *Gurguchiani*, sopra citata, § 31; e *M. contro Germania*, sopra citata, § 121).

Per di più chiaramente da detta sentenza si ricava che “il termine “inflitta” utilizzato nella sua seconda frase non può essere interpretato nel senso di escludere dal campo di applicazione dell'art. 7, § 1, tutte le misure introdotte successivamente alla pronuncia della condanna. Essa ribadisce a tale riguardo che è estremamente importante che la Convenzione sia interpretata e applicata in modo da rendere i suoi diritti pratici ed effettivi, non teorici e illusori (si vedano *Hirsi Jamaa e Altri* contro Italia [GC], n. 27765/09, § 175 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 2012, e *Scoppola* (n. 2), sopra citata, § 104)».



Pertanto, si è così statuito: «Alla luce di quanto sopra, la Corte non esclude la possibilità che le misure adottate dal legislatore, dalle autorità amministrative o dai tribunali successivamente all'inflizione della pena definitiva, o nel corso dell'espiazione della pena, possano comportare la ridefinizione o la modifica della portata della pena inflitta dal tribunale del merito. Quando ciò accade, la Corte ritiene che le misure interessate dovrebbero rientrare nell'ambito del divieto di applicazione retroattiva delle pene previsto dall'art. 7, § 1, in fine della Convenzione.

Diversamente, gli Stati sarebbero liberi — per esempio modificando la legislazione o reinterpretando i regolamenti stabiliti — di adottare delle misure che ridefinivano retroattivamente la portata della pena inflitta, a svantaggio della persona condannata, quando quest'ultima non avrebbe potuto immaginare tale sviluppo al momento in cui è stato commesso il reato o è stata inflitta la pena. In tali condizioni l'art. 7, § 1, sarebbe privo di qualsiasi effetto utile per le persone condannate a pene delle quali è stata modificata la portata *ex post facto* a loro svantaggio. La Corte sottolinea che tali modifiche devono essere distinte dalle modifiche apportate alla modalità di esecuzione della pena, che non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 7, § 1, in fine».

«Per determinare se una misura adottata nel corso dell'esecuzione di una pena riguarda solo la modalità di esecuzione della pena o, al contrario, incide sulla sua portata, la Corte deve esaminare in ciascun caso che cosa comportava effettivamente la “pena” inflitta in base al diritto interno in vigore al momento pertinente, o in altre parole, quale era la sua natura intrinseca. Nel fare ciò essa deve considerare il diritto interno nel suo complesso e la modalità con cui esso era applicato al momento pertinente (si veda Kafkaris, sopra citata, § 145)».

A supportare il dato di «non manifesta infondatezza» della questione in esame, soccorre la recente pronuncia della Suprema Corte - Sezione VI penale n. 12541 del 14 marzo 2019, nella quale, pur precisandosi che la questione non atteneva alla sentenza di applicazione della pena oggetto del ricorso in Cassazione, tuttavia i giudici del Supremo collegio hanno evidenziato che: «... l'omessa previsione di una disciplina transitoria circa l'applicabilità della disposizione (come novelata) possa suscitare fondati dubbi di incostituzionalità in relazione ai riverberi processuali sull'ordine di esecuzione, in quanto non più suscettibile di sospensione in forza della previsione dell'art. 656, comma 9 del codice di procedura penale».

Ed invero, appare fonte di ingiustificata disparità di trattamento *ex art.* 3 della Costituzione la novella del 2019 che pone sullo stesso piano, sotto il profilo della esecuzione della pena, chi ha commesso il reato potendo contare su un impianto normativo che gli avrebbe consentito di non scontare in carcere una pena, eventualmente residua, inferiore a quattro anni, e chi ha commesso o commette il reato dopo l'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2019, n. 3, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* del 16 gennaio 2019, n. 13.

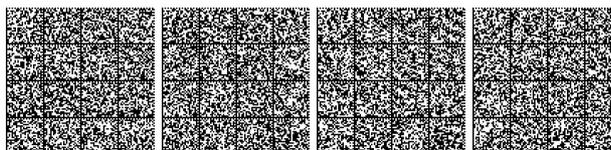
Ancora, la norma presenta, nella parte in cui non ha previsto una disposizione di diritto intertemporale, profili di non manifesta infondatezza di illegittimità costituzionale per contrasto con il disposto del comma 2 dell'art. 25 della Costituzione, per i suoi indubbi riflessi sostanziali in punto di esecuzione della pena in concreto, così come intesa nella più recente giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo, in quanto frutto di un cambiamento delle regole successivo alla data del commesso reato.

Infine, appare contrastante con l'art. 117 perché l'aver il legislatore cambiato *in itinere* le regole sull'esecuzione della pena per taluni reati senza prevedere alcuna norma transitoria presenta tratti di non conformità con l'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, quindi, con l'art. 117 della Costituzione, laddove si traduce, per il D.N., nel passaggio a sorpresa e non prevedibile, al momento della commissione del reato, alla sanzione con necessaria incarcerazione.

La prospettata questione è rilevante nel presente giudizio, potendo di D.N., in caso di dichiarata incostituzionalità, ottenere l'immediata sospensione dell'ordine di esecuzione, aprendosi per lui il termine di trenta giorni per proporre richiesta, da libero, di misure alternative alla detenzione per l'esecuzione della pena.

Alla stregua di quanto sopra argomentato va sollevata, in subordine rispetto a quella principale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera *a*) del codice penale, come integrato dall'art. 4-*bis* della legge n. 354/1975, a sua volta modificato dall'art. 1, comma 6, lettera *b*) della legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione ed, in particolare, l'art. 319-*quater*, comma 1 del codice penale, tra quelli ostativi alla concessione del beneficio penitenziario di cui all'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, per contrasto con gli articoli 3, 25, comma 2, e 117 della Costituzione come integrato dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, senza prevedere un regime transitorio che dichiarasse applicabile la norma di cui all'art. 1, comma 6, lettera *b*) della legge 9 gennaio 2019, n. 3 ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore.

Consegue la sospensione del presente processo e l'ordine di trasmettere gli atti immediatamente alla Corte costituzionale nonché di notificare la presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicarla ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.



P.Q.M.

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

La Corte, pronunciando quale giudice dell'esecuzione, solleva, in via principale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a) del codice di procedura penale, come integrato dall'art. 4-bis della legge n. 354/1975, a sua volta modificato dall'art. 1, comma 6, lettera b) della legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui ha inserito il reato di cui all'art. 319-quater, comma 1 del codice penale, tra quelli ostativi alla concessione del beneficio penitenziario di cui all'art. 4-bis, comma 1 della legge 26 luglio 1975, n. 354 della possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione, per contrasto con gli articoli 3 e 27, comma 3 della Costituzione;

Solleva, altresì, in via subordinata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a) del codice di procedura penale, come integrato dall'art. 4-bis della legge n. 354/1975, a sua volta modificato dall'art. 1, comma 6, lettera b) della legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui ha inserito il reato di cui all'art. 319-quater, comma 1 del codice penale, tra quelli ostativi alla concessione del beneficio penitenziario di cui all'art. 4-bis, comma 1 della legge 26 luglio 1975, n. 354 della possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione, per contrasto con gli articoli 3, 25, comma 2, e 117 della Costituzione in relazione all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, senza prevedere un regime transitorio che dichiari applicabile la norma di cui all'art. 1, comma 6, lettera b) della legge 9 gennaio 2019, n. 3 ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore;

Consegue la sospensione del presente processo;

Ordina, a cura della cancelleria, l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale nonché la notifica della presente ordinanza alle parti, al Presidente del Consiglio dei ministri e la comunicazione della stessa ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Palermo, 23 maggio 2019

Il Presidente est.: PIRAS

19C00256

N. 152

Ordinanza del 30 aprile 2019 del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria sul ricorso proposto da D'Ambrosio Donato e altri contro Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca e Università della Calabria

Università - Norme in materia di personale accademico e reclutamento - Procedura di valutazione per la chiamata nel ruolo di professore di prima e seconda fascia dei ricercatori a tempo indeterminato, in servizio nell'università medesima, che abbiano conseguito l'abilitazione scientifica - Riconoscimento alle università della possibilità di utilizzare tale procedura di valutazione entro otto anni dall'entrata in vigore della legge n. 240 del 2010.

– Legge 30 dicembre 2010, n. 240 (Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario), art. 24, comma 6.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CALABRIA

SEZIONE PRIMA

ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 894 del 2018, proposto da Donato D'Ambrosio, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Gruner e Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

Contro:

Presidenza del Consiglio dei ministri e Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale Catanzaro, domiciliata *ex lege* in Catanzaro, via G.Da Fiore, 34;

Università della Calabria rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Macrì ed Umile Abbruzzese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso l'avvocatura universitaria in Rende, Ponte Pietro Bucci Cubo 7-11;



e con l'intervento di *ad adiuvandum*:

Gianfranco Adornato, Fabrizio Agosta, Eugenia Allegra, Marco Barchi, Massimiliano Bergallo, Stefano Brillanti, Federico Cella, Antonio Costanzo Chiappa, Simone Cristoforetti, Pierantonio De Luca, Liborio Dibattista, Francesco Di Paola, Bruna Ecchia, Mariateresa Gattullo, Manuela Giordano, Fabrizio Leoni, Giovanni Mastroleo, Paola Pinelli, Francesca Porcellati, Anna Grazia Quaranta, Francesca Rinella, Pierluigi Toniutto, Salvatore Valiante, Aiti Vizzini, Sandro Zagatti, Elena Zattoni, rappresentati e difesi dagli avvocati Giuliano Gruner e Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

per l'annullamento

della nota prot. n. 11985 del 19 aprile 2018, recante in oggetto: «Istanza di valutazione ai sensi dell'art. 24, commi 5 e 6, della legge n. 240/2010»; del Regolamento per la disciplina della chiamata dei professori di ruolo di prima e seconda fascia in attuazione degli articoli 18 e 24 della legge n. 240/2010, adottato con D.R. n. 2654 del 1° dicembre 2011, con particolare riferimento agli articoli 2, 3 e da 13 a 18;

e per accertamento del diritto soggettivo del ricorrente ad essere sottoposto alla procedura di valutazione di cui all'art. 24, comma 5, della legge n. 240 del 2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei ministri e di Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca e dell'Università della Calabria;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2019 la dott.ssa Francesca Goggiamani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Svolgimento del processo.

Il dott. Donato D'ambrosio, premettendo di essere ricercatore confermato (di ruolo) e di aver conseguito l'abilitazione scientifica nazionale nel proprio s.s.d., ha proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale Calabria per l'annullamento, previa adozione delle idonee misure cautelari, della nota dell'Università della Calabria prot. n. 11985 del 19 aprile 2018 di rigetto della propria istanza di essere sottoposto alla valutazione di cui all'art. 24, commi 5 e 6, della legge n. 240 del 2010 (l. Gelmini), del Regolamento per la disciplina della chiamata dei professori di ruolo di prima e seconda fascia di cui al D.R. n. 2654 del 1° dicembre 2011 (articoli 2, 3 e da 13 a 18), ed ha altresì domandato l'accertamento del proprio diritto soggettivo ad essere sottoposto alla procedura di valutazione di cui all'art. 24, comma 5, della legge n. 240 del 2010.

Lamenta, in particolare l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, comma 6, legge n. 240/2010 per violazione degli articoli 2, 3, 4, 9, comma 1, 33, comma 1, 35, comma 1, 97, comma 2, Cost. e, pertanto, la manifesta irragionevolezza, ingiustizia e ingiustificata disparità di trattamento, chiedendo di sollevare questione costituzionalità.

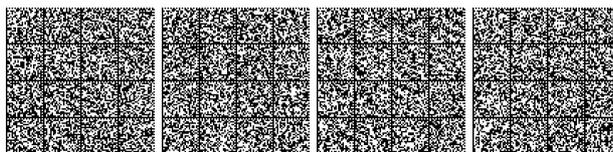
Inoltre, dolendosi del contrasto della norma con l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato di cui alla direttiva n. 1999/70/ce, nonché con la direttiva n. 2000/78/ ha chiesto il rinvio alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

A fondamento delle domande ha illustrato, in particolare, che nonostante la equivalenza sotto il profilo delle modalità di reclutamento, delle mansioni e dell'impegno didattico tra ricercatore a tempo indeterminato (in sigla nel prosieguo *RTI*) e ricercatore a tempo determinato (in sigla nel prosieguo *RTD*), quest'ultimo, se ha conseguito l'abilitazione scientifica nazionale (in seguito anche a.s.n.), ha il diritto di essere sottoposto ad una procedura valutativa il cui esito positivo determina il suo ingresso nel ruolo dei professori associati (art. 24, comma 5), mentre il ricercatore a tempo indeterminato che ha conseguito l'a.s.n., può accedere al ruolo dei professori associati mediante lo stesso meccanismo valutativo solo subordinatamente ad una scelta in tal senso, ampiamente discrezionale, dell'Università e, per di più, solo entro la data del 31 dicembre 2019 (art. 24, comma 6).

Evidenzia il palesarsi della discriminazione -) per essere il giudizio di conferma del ricercatore di ruolo affidato a commissione nazionale composta da professori estratti a sorte dal Cun, a fronte della valutazione del ricercatore di tipo B affidata alle modalità stabilite dall'Ateneo di appartenenza, -) per la maturazione di un lungo periodo al servizio dell'ateneo del ricercatore confermato a fronte della sufficienza del rapporto triennale per il ricercatore a tempo determinato e -) per la possibilità che il ricercatore confermato seppur in possesso della abilitazione di prima fascia non venga sottoposto a valutazione con soccombenza nell'assunzione del ruolo di associato rispetto al ricercatore a tempo determinato con abilitazione di solo seconda fascia.

Si sono costituite la Presidenza Consiglio ed il Miur con memoria di stile chiedendo il rigetto del ricorso.

L'Università della Calabria, costituitasi, ha chiesto il rigetto per infondatezza.



Rammentando la riforma del sistema delle docenze e delle procedure di chiamata dei professori di prima e seconda fascia da parte della legge Gelmini, a garanzia della meritocrazia, ha contestato l'assunto del ricorrente di sovrapposibilità delle figure di ricercatore a tempo indeterminato tanto per sistema di reclutamento quanto per mansioni ed infine, per regime di impiego. Di conseguenza, ha concluso evidenziando che la procedura valutativa di cui al comma 6 è simile, sotto il profilo strutturale, a quella di cui al comma 5, differenziandosene, però, per funzione e *ratio*.

Ha, inoltre, rammentato che la procedura di chiamata aperta a tutti i candidati ex art. 18, comma 1 rimane garanzia di imparzialità con chance che il ricorrente non aveva concretizzato in quanto risultato non idoneo alla selezione per la copertura di due posti di professore associato proprio per il suo settore scientifico indetto dall'Unical con D.R. n. 1284 del 24 ottobre 2016 (allegato 4).

La fase cautelare è stata definita ex art. 55, comma 10 con la fissazione dell'udienza di merito.

Nel giudizio sono intervenuti *ad adiuvandum* i dott.ri Adornato, Agosta, Allegra, Barchi, Bergallo, Brillanti, Cella, Chiappa, Cristoforetti, De Luca, Dibattista, Di Paola, Ecchia, Gattullo, Giordano, Leoni, Mastroleo, Pinelli, Porcellati, Quaranta, Rinella, Toniutto, Valiante, Vizzini, Zagatti e Zattoni, tutti ricercatori a tempo indeterminato confermati con abilitazione scientifica di seconda fascia e mai chiamati dai propri Atenei per la valutazione a professori associati.

All'udienza pubblica del 30 marzo 2019, udita la discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il rinvio alla Corte costituzionale.

Ritiene il Tribunale di dover sollevare, in riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 6, legge n. 240/2010, nella parte in cui prevede che a procedura di valutazione dei ricercatori a tempo indeterminato sia discrezionale e con termine ultimo del 31 dicembre 2019, ravvisandone i presupposti della rilevanza e non manifesta infondatezza.

2.2 La rilevanza della questione (art. 23, legge n. 87/1953).

Fonda il dott. D'Ambrosio il ricorso con cui impugna il rigetto della domanda di essere sottoposto alla valutazione di cui all'art. 24, comma 5 e dell'accertamento del correlativo diritto unicamente sulla illegittimità costituzionale della norma *de qua* e sulla sua incompatibilità con la normativa eurounitaria di cui alle direttive n. 1999/70/CE e 2000/78/CE.

È agevole rilevare per il Collegio che il sollevato dubbio di contrasto con le suddette norme eurounitarie non sia pertinente al caso di specie e non possa portare, dunque, all'accoglimento del ricorso.

Il ricorrente prospetta, infatti, in primo luogo che osti alla disciplina interna della chiamata dei ricercatori a tempo indeterminato la direttiva n. 1999/70/CE la quale, tuttavia, non ha rilievo nel giudizio in esame in quanto normativa attinente alla diversa categoria dei lavoratori a tempo determinato e per i quali si giustifica, stante le peculiari incertezze del lavoro a tempo, la disposizione sovranazionale di non discriminazione rispetto ai lavoratori «stabili».

In secondo luogo egli ritiene contraria la disposizione in parola con la direttiva n. 2000/78 che, dettando il quadro per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, vieta all'art. 2 la discriminazione indiretta riscontrabile quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio persone che, tra l'altro, abbiano una particolare età, attesa l'ordinaria evenienza dell'età più avanzata del ricercatore «di vecchio tipo» (RTI) rispetto a quello «di nuovo conio» (RTD).

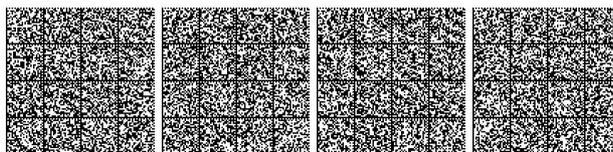
Dimentica, tuttavia, la difesa del dott. D'Ambrosio che la Corte di giustizia più volte ha ritenuto non riscontrabile la disparità di trattamento dei lavoratori per ragioni di età, ove la diversa disciplina interna rivolta ai lavoratori non si fondi indissolubilmente né indirettamente sull'età del lavoratore (v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2008, Centeno Mediavilla e a./Commissione, C-443/07, punti 81 e 83, sentenza del 7 giugno 2012, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft, C-132/11, punti 29 e 30 e da ultimo, sentenza 14 febbraio 2019, n. 154 in causa C-154/18, punti 25-28).

Seppur accada ordinariamente in fatto che i ricercatori a tempo indeterminato, in quanto assunti anteriormente alla legge del 2010, abbiano età più avanzata di quelli introdotti da tale legge, la difforme disciplina ha il suo cardine non sul requisito anagrafico, ma sul diverso inquadramento al fine di riformare in termini generali l'accesso alla docenza universitaria.

Escluso, dunque, il profilo di possibile antieuronarietà la tutela invocata dal ricercatore ha il suo esclusivo fondamento nella incostituzionalità dell'art. 24, comma 6, legge n. 24/2010.

Ai fini della rilevanza della disposizione nel presente processo deve chiarirsi che non vi siano margini di interpretazione in senso costituzionalmente orientato nella norma da applicare.

L'art. 24 a chiare lettere prevede al suo quinto comma per gli RTD che nel terzo anno di contratto «l'Università valuta» il ricercatore ai fini della chiamata nel ruolo di professore associato ove egli «abbia conseguito l'abilitazione scientifica» ed al contrario al suo sesto comma dispone che la procedura di valutazione «può» essere utilizzata per la chiamata nel ruolo di professore di seconda fascia dei ricercatori a tempo indeterminato in servizio nell'Università medesima, che abbiano conseguito l'abilitazione scientifica.



La giurisprudenza amministrativa nell'applicare la norma ha, conseguentemente, sempre evidenziato l'obbligo di valutazione per l'Università nel primo caso e la sola facoltà nel secondo caso (v. Tribunale amministrativo regionale Lazio, Sez. III bis, n. 3641 del 3 aprile 2018; Tribunale amministrativo regionale Valle d'Aosta, 7 ottobre 2016, n. 42).

Alla luce di quanto esposto, è evidente che la questione sollevata è rilevante, in quanto, in caso e solo in tal caso, di suo eventuale accoglimento con declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 24, comma 6, legge n. 240/2010 nella parte in cui prevede la procedura di valutazione dei ricercatori a tempo indeterminato sia discrezionale e con termine ultimo del 31 dicembre 2019, il ricorso andrebbe accolto con annullamento del diniego dell'istanza del dott. D'Ambrosio ad essere sotto posto a procedura di valutazione ai fini della chiamata nel ruolo di professore associato.

2.3. La non manifesta infondatezza.

La questione, oltre che rilevante, è non manifestamente infondata.

Questo Collegio dubita ragionevolmente della non conformità ai parametri costituzionali di cui agli articoli 3 e 97 dell'art. 24, comma 6, legge n. 240/2010 nella parte in cui prevede la procedura di valutazione dei ricercatori a tempo indeterminato sia discrezionale e con termine ultimo del 31 dicembre 2019.

È necessario a tale fine sinteticamente rammentare la riforma Gelmini in punto di selezione del personale docente, il cui fine è elevare la concorrenza e il merito nelle università e nello specifico garantire standard per il reclutamento e la valutazione dei docenti.

La riforma, anzitutto prevede due uniche posizioni accademiche di ruolo, quella di professore associato di prima e seconda fascia, selezionati con duplice passaggio: il conseguimento di una idoneità o abilitazione, valida per un periodo di tempo limitato ed efficace rispetto a qualsiasi università italiana (*cf.* art. 16), cui segue la fase della scelta, attraverso la chiamata dell'idoneo/abilitato da parte della singola Università.

È impedito per il futuro alle Università bandire posti di ricercatore «a tempo indeterminato» di cui all'art. 1, decreto del Presidente della Repubblica n. 382/1980 (art. 29, comma 1), ruolo già messo ad esaurimento dalla riforma Moratti (legge n. 230 del 2005).

La legge del 2010 prevede, altresì, le nuove figure dei «ricercatori a tempo determinato» (Art. 24), con compiti di ricerca e di didattica, titolari di contratto di lavoro subordinato con l'Università, di due tipologie (a e b).

I contratti di tipo a) corrispondono a posizioni «post-dottorali» delle quali non è prevista in alcun modo la trasformazione in contratti permanenti. La durata massima di questi contratti è di cinque anni, tre anni con un possibile rinnovo di due anni.

I contratti di tipo b) possono essere stipulati solo con chi ha usufruito per almeno tre anni di contratti di tipo a), ovvero, sempre per almeno tre anni, di assegni di ricerca o borse post-dottorali in Italia o di analoghe posizioni all'estero. Essi hanno durata triennale, ma i ricercatori titolari sono destinati a progredire nel ruolo dei professori associati ove abbiano conseguito la abilitazione scientifica nazionale e siano valutati positivamente dall'Università ai fini della chiamata nel ruolo di professore associato, in relazione alla attività scientifica e didattica svolta.

Come si diceva la norma prevede come obbligatoria per l'Ateneo alla scadenza del triennio la valutazione con correlativo diritto per il ricercatore ad esservi sottoposto (art. 24, comma 5).

Tale valutazione è estesa per i ricercatori «vecchio tipo» che abbiano conseguito l'abilitazione scientifica dal comma 6 dell'art. 24, ma sino al 31 dicembre del 2019 a discrezione dell'Università.

La descritta procedura di chiamata riservata, dunque, agli interni, già in servizio presso l'Università che vi procede, è poi alternativa (art. 18), come ricordava l'Unical, a procedura aperta alla partecipazione degli «studiosi in possesso dell'abilitazione per il settore concorsuale», anche se siano in servizio presso un'Università diversa da quella che procede alla chiamata o anche se non prestino affatto servizio presso alcuna Università.

A differenza della chiamata diretta con valutazione individuale, la procedura di chiamata pubblica si caratterizza per valutazione comparativa delle candidature.

2.3.1. La violazione dell'art. 3 in termini di irragionevolezza estrinseca e disparità di trattamento.

Rientra certamente nella legittima discrezionalità del legislatore della riforma delle docenze universitarie la scelta di abolire la figura del ricercatore di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 382/1980 nella logica di evitare che docenti con la sicurezza del contratto a tempo indeterminato non siano più incentivati ad elevare il livello di didattica e ricerca.

Risulta, tuttavia priva di ragionevolezza *cd. estrinseca* e dunque incongrua rispetto al fine riscontrabile da elementi *ab externo*, la scelta di non consentire a coloro che hanno ottenuto il positivo giudizio di conferma da commissione nazionale (art. 31, comma 1, decreto del Presidente della Repubblica n. 382/1980) ed hanno conseguito l'abilitazione scientifica nazionale di essere sottoposti «di diritto» alla valutazione ai fini della chiamata dalla propria Università, al pari delle figure simili dei ricercatori di tipo b).



Se la finalità della legge è quella di selezionare i meritevoli, non comprensibile è la scelta di non dare chance a coloro che abbiano le «carte in regola», salvo il possibile esito negativo della valutazione, finendo per sottoporli alla logica delle chiamate «di favore» che la riforma intende elidere.

Dunque, rispetto ai colleghi RTD si crea per i ricercatori confermati con abilitazione scientifica nazionale una disciplina limitativa della chiamata diretta senza ragionevole giustificazione (v. per l'irragionevolezza nella creazione di discipline differenziate per situazioni analoghe o per diverse categorie, Corte costituzionale n. 24/1994, n. 76/1994, n. 285/1995 e più di recente n. 286/2008; n. 27/2009; n. 77/2018; n. 166/2018 ed in particolare per la irragionevolezza della disciplina della ricostruzione della carriera dei ricercatori che abbiano prestato servizio per almeno tre anni come tecnici laureati che diventino ricercatori, pur nella essenziale differenziazione tra le due categorie tecnici laureati e ricercatori Corte costituzionale n. 191/2008).

Il ricorso ben evidenzia il paradosso per la selezione sul merito della possibilità che un RTI con abilitazione di professore ordinario non abbia diritto ad essere sotto posto a valutazione per la chiamata diretta a fronte di un RTD che abbia la abilitazione da solo professore associato.

Si badi che la irragionevolezza del trattamento degli RTI potrebbe diventare più profonda ove la Corte di giustizia rispondesse al recente interpello del Tribunale amministrativo regionale Lazio sui ricercatori di tipo A affermando che la direttiva n. 1999/70/CE osta a che una normativa nazionale precluda per i ricercatori universitari assunti con contratto a tempo determinato di durata triennale, prorogabile per due anni, ai sensi dell'art. 24, comma 3, lettera a) della legge n. 240 del 2010, la successiva instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato (v. Tribunale amministrativo regionale Lazio, sez. III, ordinanza n. 4336/ 2018 pubblicata il 3 aprile 2019).

La stabilizzazione di tali figure di ricercatori, i quali sono stati assunti senza prospettiva di sbocchi, li assimilerebbe di molto ai ricercatori confermati.

Ritiene il Collegio non manifestamene infondata anche la violazione del principio di uguaglianza.

È nota la difficoltà di dimostrare la sussistenza di identità di situazioni che si additano implausibilmente trattate in maniera distinta (v. per tutte v. Corte costituzionale n. 3/1957, n. 111/1981, n. 171/1982, n. 340/2004), situazione di identità qui effettivamente riscontrabile.

Il *tertium comparationis* nella specie è, come risulta dalla ricostruzione effettuata, il diritto alla valutazione della chiamata diretta prevista per i soli i ricercatori di tipo B, previsione rispetto a cui, dunque, raffrontarsi la ragionevolezza della differente previsione di valutazione «a discrezione» per i ricercatori a tempo indeterminato.

L'omogeneità delle situazioni trattate distintamente dal legislatore nella chiamata diretta si delinea nei tratti essenziali che disciplinano le due figure, in disparte le differenze eminentemente legate alla durata del rapporto.

La disciplina di RTI e di RTD è, infatti, sovrapponibile in punto di reclutamento (pubblico concorso con valutazione di titoli e pubblicazioni, da discutere pubblicamente con la commissione art. 1, comma 7, decreto-legge n. 180/2008 per i primi ed art. 24, comma 2, lettera c), legge n. 240/2010 per i secondi), in punto di mansioni consistenti in ricerca, didattica, didattica integrativa e di servizio agli studenti (v. art. 6, comma 4, legge n. 240/2010 per i primi ed art. 24, comma 1, legge n. 240/2010 per i secondi), in punto di impegno nei primi tre anni con le 350 ore del tempo pieno (decreto del Presidente della Repubblica n. 382/1980 e legge n. 240/2010).

Ne consegue che rispetto alla finalità di selezione dei professori associati più meritevoli provenienti dall'interno dell'Ateneo rimane irrazionale il diverso regime.

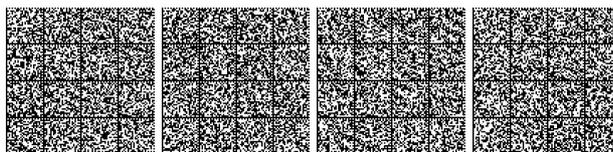
2.3.2. La violazione dell'art. 97 Cost.

La delineata ipotesi di mancata assunzione del professore più preparato pare a questo Tribunale amministrativo regionale contrastare anche con il canone di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

La Corte costituzionale, seppur in fattispecie diversa, già con la sentenza del 9 maggio 2013, n. 83 ha affermato che seppur rientra nella discrezionalità del legislatore l'obiettivo di favorire il ricambio generazionale nell'ambito dell'istruzione universitaria, il perseguimento di tale obiettivo deve essere bilanciato con l'esigenza, a sua volta riconducibile al buon andamento dell'amministrazione e perciò nello schema del citato art. 97 Cost., di mantenere in servizio docenti in grado di dare un positivo contributo per la particolare esperienza professionale acquisita in determinati o specifici settori ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi.

Analogamente pur nel rinnovo dello statuto della figura del ricercatore è contrario al principio di buona amministrazione ostacolare la progressione di ricercatori di esperienza sol perché entrati nel vigore di pregressa disciplina.

3. In conclusione, ai sensi degli articoli 134 della Costituzione; 1 legge costituzionale n. 1/1948; 23 legge n. 87/1953 il Tribunale dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli articoli 3 e 97 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 6, legge n. 240/2010 nella parte in cui prevede che la procedura di valutazione dei ricercatori a tempo indeterminato «può» essere utilizzata anziché «è» utilizzata e nella parte in cui prevede il termine ultimo del 31 dicembre 2019.



P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo della Calabria, sezione prima, sul ricorso di cui in epigrafe così provvede:

1) *dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in riferimento agli articoli 3 e 97 Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 6, legge n. 240/2010 nella parte in cui prevede che la procedura di valutazione dei ricercatori a tempo indeterminato «può» essere utilizzata anziché «è» utilizzata e nella parte in cui prevede il termine ultimo del 31 dicembre 2019;*

2) *dispone la sospensione del presente procedimento e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;*

3) *dispone che la presente ordinanza sia notificata, a cura della segreteria, alle parti in causa al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai presidenti delle due Camere del Parlamento.*

Così deciso in Catanzaro nelle camere di consiglio dei giorni 30 gennaio 2019, 13 marzo 2019, con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente;

Francesco Tallaro, primo referendario;

Francesca Goggiamani, referendario, estensore.

Il Presidente: SALAMONE

L'estensore: GOGGIAMANI

19C00257

N. 153

Ordinanza del 29 luglio 2019 del Tribunale di Ancona sul ricorso proposto da S. A. c/Comune di Ancona

Straniero - Disposizioni in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica - Disposizioni in materia di iscrizione anagrafica - Previsione che il permesso di soggiorno per richiesta di asilo non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica.

- Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, art. 13, comma 1, lettera a), numero 2.

TRIBUNALE ORDINARIO DI ANCONA

PRIMA SEZIONE CIVILE

Nel procedimento iscritto al n. r.g. 3081/2019 promosso da: A... S... ricorrente;

Contro Comune di Ancona, resistente.

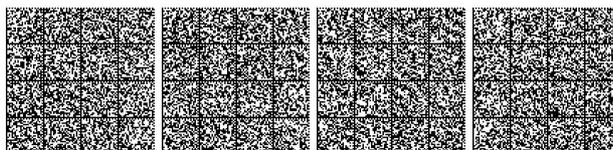
Il giudice dott. ssa Martina Marinangeli, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 10 luglio 2019, ha pronunciato la seguente ordinanza con ricorso depositato in data 13 maggio 2019 S... A... ha domandato che venisse ordinata al sindaco del Comune di Ancona l'immediata iscrizione del ricorrente nel registro anagrafico della popolazione residente.

A sostegno della domanda cautelare il ricorrente ha dedotto che:

è regolarmente soggiornante in Italia dal 20 giugno 2017 in virtù di permesso di soggiorno per richiesta asilo;

vive stabilmente nel Comune di Ancona dal 17 novembre 2018, quando è stato inserito presso le strutture di accoglienza per richiedenti asilo operative nel territorio comunale;

in particolare, ha la stabile dimora presso la struttura di via..., come attestato anche dalla cooperativa responsabile del progetto di accoglienza;



in data 12 marzo 2019 ha formulato istanza di iscrizione anagrafica presso il Comune di Ancona e l'ufficiale di stato civile ha dichiarato l'istanza «irricevibile ed inefficace» sulla base della seguente motivazione: «a norma dell'art. 4, comma 1-bis del decreto legislativo n. 142 del 18 agosto 2015, così come introdotto dall'art. 13 del decreto-legge n. 113 del 5 ottobre 2018, convertito in legge il 1º dicembre 2018, n. 132, il permesso di soggiorno rilasciato per richiesta asilo non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223 e dell'art. 6, comma 7 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286»;

il rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile sarebbe illegittimo in quanto il legislatore non ha posto chiaramente un divieto generalizzato di iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo dotati di permesso di soggiorno e, in ogni caso, un tale divieto sarebbe in contrasto con norme costituzionali e sovranazionali che vietano qualsiasi discriminazione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti;

la mancata iscrizione all'anagrafe della popolazione residente pregiudica l'esercizio di tutta una serie di diritti (quali: «eventuale iscrizione scolastica, sottoscrizione di un contratto di lavoro, accesso alle misure di politica attiva del lavoro ex art. 11, comma 1, lett c, decreto legislativo n. 150/2015, apertura di un conto corrente su cui il datore di lavoro possa versare il salario, ottenimento della patente di guida ex art. 118-bis 1 cds, determinazione valore ISEE per accedere a determinate prestazioni sociali, decorrenza dei termini sia per il rilascio del permesso per soggiornanti di lunga periodo..., sia per l'ottenimento della cittadinanza italiana ex art. 9, 1 lettera f), legge n. 91/1992 ecc.») e pertanto, alla luce della entità e natura dei diritti la lesione del diritto all'iscrizione anagrafica sarebbe insuscettibile di tutela per equivalente.

All'udienza del 10 giugno 2019 si è costituito il Comune di Ancona, chiedendo:

di essere estromesso dal giudizio, per essere il Ministero dell'interno dotato di legittimazione passiva;

di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1, lettera a), n. 2) del decreto-legge n. 113/2018 del 5 ottobre 2018, convertito in legge n. 132/2018, in riferimento agli articoli 2, 3, 10, 16, 77, 97, 117 e 118 della Costituzione;

in subordine, di rigettare la domanda.

A scioglimento della riserva assunta all'udienza, il giudice, rammentando che ai fini della tutela ex art. 700 del codice di procedura civile il *periculum in mora* non possa essere individuato in astratto bensì con riferimento ai pregiudizi cui il ricorrente in concreto si espone in attesa del giudizio di merito, ha invitato il ricorrente ad argomentare in ordine alla sussistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile.

Con la memoria autorizzata il ricorrente ha evidenziato che, allo stato attuale, in difetto di iscrizione anagrafica:

gli è preclusa la stipula di un contratto lavorativo con l'Associazione polisportiva dilettantistica «...», la cui stipula è subordinata alla condizione che il medesimo apra la partita I.v.a. e consegua la patente di guida, incumbenti entrambi che presuppongono la titolarità di una residenza anagrafica;

il ricorrente non ha possibilità di stipulare altri contratti di prestazione di lavoro occasionale (come disciplinati dal decreto-legge n. 50/2017) in quanto gli stessi presuppongono la registrazione presso la piattaforma telematica dell'INPS, la cui procedura richiede indefettibilmente l'indicazione dell'indirizzo di residenza;

gli è preclusa l'iscrizione in qualità di socio e volontario all'Associazione Onlus «...», iscrizione che presuppone l'indicazione della residenza anagrafica sia ai fini dell'acquisto della qualità di socio, che ai fini dell'iscrizione al libro dei volontari per la stipula della polizza assicurativa, con conseguente ostacolo al processo di integrazione del richiedente;

la mancanza di una residenza anagrafica ostacola l'apertura di un regolare conto corrente bancario, con preclusione all'accesso ai servizi bancari;

la residenza anagrafica ha rilevanza rispetto alla maturazione dei requisiti necessari ad ottenere la cittadinanza italiana, ai sensi dell'art. 9, lett f) della legge n. 91/1992, norma che subordina l'ottenimento della cittadinanza alla residenza protratta dello straniero sul territorio per almeno dieci anni.

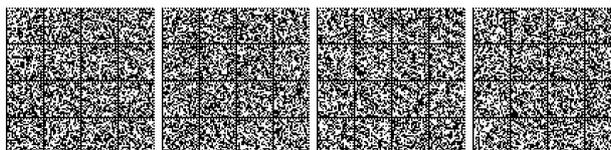
Il Comune di Ancona, in punto di *periculum in mora*, ha invece evidenziato che ogni pregiudizio sarebbe scongiurato dall'art. 5 del decreto legislativo n. 142/2015 norma che garantirebbe, in ogni caso, al richiedente asilo l'accesso a tutti i servizi previsti dal decreto nonché a quelli comunque erogati sul territorio nazionale.

All'udienza del 10 luglio 2019 la causa è stata trattenuta in riserva.

Ai fini della decisione appare opportuno esaminare analiticamente le diverse questioni giuridiche, partendo dalla legittimazione passiva della parte evocata in giudizio.

1. Sulla legittimazione passiva del Comune di Ancona

Questo giudice ritiene che il Comune di Ancona, in persona del sindaco, sia dotato di legittimazione passiva nel presente giudizio.



Il comune convenuto in giudizio ha argomentato il difetto di legittimazione passiva, in favore del Ministero dell'interno, sostenendo che l'anagrafe è servizio di competenza statale e il sindaco ne esercita le funzioni quale ufficiale di governo in base all'art. 14, decreto legislativo n. 267/2000, pertanto, lo stesso agisce quale delegato del Ministero dell'interno e sarebbe gerarchicamente sottoposto a quest'ultimo. L'azione del sindaco sarebbe dunque imputabile non all'ente locale, ma allo Stato in virtù del rapporto organico.

È pacifico che il sindaco curi il registro dell'anagrafe quale ufficiale di governo. Il testo unico enti locali sul punto statuisce quanto segue:

Art. 14 Art. 14 Compiti del comune per servizi di competenza statale

1. Il comune gestisce i servizi elettorali, di stato civile, di anagrafe, di leva militare e di statistica.
2. Le relative funzioni sono esercitate dal sindaco quale ufficiale del Governo, ai sensi dell'art. 54.
3. Ulteriori funzioni amministrative per servizi di competenza statale possono essere affidate ai comuni dalla legge che regola anche i relativi rapporti finanziari, assicurando le risorse necessarie.

Art. 54 (Attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale)

(...)

3. Il sindaco, quale ufficiale del Governo, sovrintende, altresì, alla tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e agli adempimenti demandatigli dalle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica.

(...)

11. Nelle fattispecie di cui ai commi 1, 3 e 4, nel caso di inerzia del sindaco o del suo delegato nell'esercizio delle funzioni previste dal comma 10, il prefetto può intervenire con proprio provvedimento.

12. Il Ministro dell'interno può adottare atti di indirizzo per l'esercizio delle funzioni previste dal presente articolo da parte del sindaco.

Il quadro normativo non delinea il rapporto tra sindaco e Ministero dell'interno quale vero e proprio rapporto gerarchico, in quanto l'intervento del Ministero è confinato all'ipotesi di «inerzia del Sindaco» (comma 11) o comunque alla promanazione di «atti di indirizzo per l'esercizio delle funzioni» (comma 12).

Il Consiglio di Stato, con le sentenze n. 5047 e 5048 del 2016, ha chiarito che dal fatto che al sindaco siano attribuiti poteri quali ufficiale di governo non si può inferire la sussistenza di un rapporto di gerarchia propria tra sindaco e Ministero dell'interno, che consentirebbe a quest'ultimo di annullare gli atti posti in essere dal primo nella veste di superiore gerarchico. Ciò in quanto, un rapporto generico di vigilanza — quale quello che viene in rilievo nel caso di specie — non sottrae la titolarità della funzione all'organo vigilato, che pertanto risponde in proprio degli atti emessi nell'esercizio di poteri statali.

La sussistenza di un rapporto di vigilanza, nella materia oggetto di giudizio, trova conferma nel regolamento dell'anagrafe della popolazione residente (decreto del Presidente della Repubblica n. 223/1989).

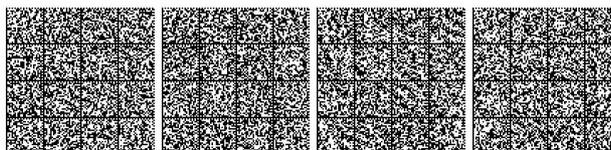
Art. 52 Vigilanza del prefetto.

1. Il prefetto vigila affinché le anagrafi della popolazione residente e gli ordinamenti topografici ed ecografici dei comuni della provincia siano tenuti in conformità alle norme del presente regolamento e che siano rigorosamente osservati le modalità ed i termini previsti per il costante e sistematico aggiornamento degli atti, ivi compresi gli adempimenti di carattere statistico. 2. La vigilanza viene esercitata a mezzo di ispezioni da effettuarsi, almeno una volta all'anno in tutti i comuni, da funzionari della prefettura appartenenti alle carriere direttiva e di concetto, competenti in materia anagrafica e statistica. 3. L'esito dell'ispezione deve essere comunicato all'Istituto centrale di statistica.

Art. 54 Vigilanza esercitata dal Ministero dell'interno e dall'Istituto centrale di statistica.

1. L'alta vigilanza sulla regolare tenuta delle anagrafi è esercitata dal Ministero dell'intero e dall'Istituto centrale di statistica per mezzo di propri funzionari ispettori. 2. L'Istituto centrale di statistica vigila, tra l'altro, affinché da parte di tutti i comuni siano adottati modelli conformi agli appositi esemplari predisposti dall'Istituto stesso e promuove da parte dei comuni l'adozione di sistemi organizzativi e funzionali dei servizi anagrafici rispondenti ai progressi della tecnica amministrativa ed alle esigenze dei servizi stessi.

La Cassazione a Sezioni Unite, peraltro, pronunciandosi recentemente in materia di rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento giurisdizionale straniero — e pertanto in materia di stato civile, nella quale il sindaco, al pari della materia dell'anagrafe, agisce quale ufficiale di governo ai sensi dell'art. 14 TUEL sopra richiamato — ha statuito che la relativa azione dà luogo ad una controversia di stato da svolgersi «in contraddittorio con il sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile, ed eventualmente con il Ministero dell'interno, legittimato a spiegare l'intervento in giudizio, in qualità di titolare della competenza in materia di tenuta dei registri dello stato civile» (Cass. n. 12193/2019).



In conclusione, dunque, deve ritenersi sussistente la legittimazione passiva del Comune di Ancona, in persona del sindaco, quale soggetto che risponde in proprio degli atti emessi anche nell'esercizio di poteri statali.

La questione circa la legittimazione passiva del Ministero e, in particolare, circa l'eventuale titolarità di una posizione di litisconsorte necessario in un procedimento analogo a quello *sub iudice* è stata affrontata e risolta negativamente anche dal Tribunale di Firenze in sede di reclamo avverso un'ordinanza resa *ex art.* 700 del codice di procedura civile nel contraddittorio con il solo Comune di Scandicci (ordinanza del 27 maggio 2019).

La Corte fiorentina ha concluso nel senso che il Ministero dell'interno avrebbe potuto espletare intervento quale litisconsorte facoltativo nel giudizio *ex art.* 700 del codice di procedura civile in ragione del fatto che: «la circostanza che il Ministero degli interni abbia la vigilanza sull'anagrafe, non determina affatto un rapporto necessariamente consortile di diritto sostanziale: (...), la titolarità della funzione resta in capo al sindaco mentre il rapporto generico di vigilanza in capo al Ministero non sottrae la titolarità della funzione all'organo vigilato, unico soggetto individuato dalla legge a svolgere quel dato compito».

Ad abundantiam si può richiamare anche la copiosa giurisprudenza amministrativa che ravvisa la legittimazione passiva del sindaco nei ricorsi avverso le ordinanze contingibili ed urgenti — che si rammenta vengono adottate dal medesimo quale ufficiale di governo — «atteso che tale organo comunale anche ove eserciti il ridetto potere, non dismette la sua natura di soggetto espressione dell'amministrazione locale, la quale, infatti, risponde degli atti posti in essere dal sindaco in siffatta qualità» (Cf: Tribunale amministrativo regionale Campania n. 3011/2015, Tribunale amministrativo regionale Roma n. 750/2011, Consiglio di Stato n. 3424/2010, Consiglio di Stato n. 4434/2008).

Per tutte le ragioni esposte, stante la legittimazione processuale del sindaco e la natura ontologicamente celere del giudizio cautelare, ritiene questo giudice di non dover estendere il giudizio al Ministero dell'interno, portatore sì di un interesse concreto alla partecipazione che ne legittimerebbe l'intervento, ma non anche litisconsorte necessario.

2. Sul *fumus boni iuris* della tutela cautelare

Per quanto concerne lo scrutinio del *fumus boni iuris*, al fine di stabilire se sussista un diritto ad ottenere l'iscrizione al registro dell'anagrafe in capo al richiedente asilo titolare di permesso di soggiorno, appare utile partire da un esame del quadro normativo.

La norma di riferimento, posta dal Comune di Ancona a fondamento del rigetto della domanda è l'art. 4, comma 1-*bis* del decreto legislativo n. 142/2015, come modificato dall'art. 13, decreto-legge n. 113/2018, in base al quale:

1-*bis*. Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'art. 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

Ai fini della comprensione del significato della disposizione occorre dunque attingere alla norme richiamate, le quali dispongono quanto segue.

2.1 Sul decreto del Presidente della Repubblica n. 223/1989 in materia di iscrizione all'anagrafe.

Il decreto del Presidente della Repubblica n. 223/1989, normativa deputata alla regolamentazione dell'iscrizione all'anagrafe, individua puntualmente:

- le dichiarazioni da rendere ai fini dell'ottenimento dell'iscrizione all'anagrafe (art. 13);
- i casi nei quali si può richiedere l'iscrizione anagrafica (art. 7);
- i soggetti che rendono le dichiarazioni e i presupposti affinché le possano rendere (art. 6);
- gli accertamenti compiuti dall'ufficiale dell'anagrafe (art. 14).

L'art. 7 individua coloro che possono richiedere l'iscrizione all'anagrafe della popolazione residente:

1. L'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente viene effettuata:

- a) per nascita, presso il comune di residenza dei genitori o presso il comune di residenza della madre qualora i genitori risultino residenti in comuni diversi, ovvero, quando siano ignoti i genitori, nel comune ove è residente la persona o la convivenza cui il nato è stato affidato;
- b) per esistenza giudizialmente dichiarata;
- c) per trasferimento di residenza dall'estero dichiarato dall'interessato non iscritto, oppure accertato secondo quanto è disposto dall'art. 15, comma 1, del presente regolamento, anche tenuto conto delle particolari disposizioni relative alle persone senza fissa dimora di cui all'art. 2, comma terzo, della legge 24 dicembre 1954, n. 1228, nonché per mancanza di precedente iscrizione.

2. Per le persone già cancellate per irreperibilità e successivamente ricomparse deve procedersi a nuova iscrizione anagrafica.



3. Gli stranieri iscritti in anagrafe hanno l'obbligo di rinnovare all'ufficiale di anagrafe la dichiarazione di dimora abituale nel comune di residenza, entro sessanta giorni dal rinnovo del permesso di soggiorno, corredata dal permesso medesimo e, comunque, non decadono dall'iscrizione nella fase di rinnovo del permesso di soggiorno. Per gli stranieri muniti di carta di soggiorno, il rinnovo della dichiarazione di dimora abituale è effettuato entro sessanta giorni dal rinnovo della carta di soggiorno. L'ufficiale di anagrafe aggiornerà la scheda anagrafica dello straniero, dandone comunicazione al questore.

Il trasferimento della residenza dall'estero, quindi, rientra tra le ipotesi che danno diritto all'iscrizione anagrafica. Lo straniero, peraltro, come si evince dal terzo comma, deve rinnovare la dichiarazione di dimora abituale nel comune ogni volta che ottiene il rinnovo del permesso di soggiorno.

Tutti coloro che richiedono l'iscrizione anagrafica devono rendere delle dichiarazioni, di cui sono responsabili: l'art. 13 individua il contenuto della dichiarazione e l'art. 6 richiede che colui che rende la dichiarazione compri la propria identità mediante un documento di riconoscimento.

L'art. 13 del decreto del Presidente della Repubblica n. 223/1989 recita infatti:

1. Le dichiarazioni anagrafiche da rendersi dai responsabili di cui all'art. 6 del presente regolamento concernono i seguenti fatti:

- a) trasferimento di residenza da altro comune o dall'estero ovvero trasferimento di residenza all'estero;
- b) (...);

L'art. 6 del decreto del Presidente della Repubblica n. 223/1989 recita:

1. Ciascun componente della famiglia è responsabile per sé e per le persone sulle quali esercita la potestà la tutela delle dichiarazioni anagrafiche di cui all'art. 13 (...);

2. (...);

3. Le persone che rendono dichiarazioni anagrafiche debbono comprovare la propria identità mediante l'esibizione di un documento di riconoscimento.

A fronte delle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 13, in un caso rientrante in quelli individuati dall'art. 7, da un soggetto munito di documento di riconoscimento ai sensi dell'art. 6, l'ufficiale dell'anagrafe accerta l'effettiva sussistenza dei requisiti e procede all'iscrizione.

L'art. 18-bis prevede infatti:

1. L'ufficiale d'anagrafe, entro quarantacinque giorni dalla ricezione delle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 13, comma 1, lettere a), b) e c), accerta la effettiva sussistenza dei requisiti previsti dalla legislazione vigente per la registrazione.

L'art. 19, nel prevedere uno specifico adempimento compiuto dall'ufficiale dell'anagrafe, evidenzia un ulteriore requisito per ottenere l'iscrizione ovvero quello della dimora abituale nel comune in cui si chiede l'iscrizione:

2. L'ufficiale di anagrafe è tenuto a verificare la sussistenza del requisito della dimora abituale di chi richiede l'iscrizione ((o la mutazione)) anagrafica. Gli accertamenti devono essere svolti a mezzo degli appartenenti ai corpi di polizia municipale o di altro personale comunale che sia stato formalmente autorizzato, utilizzando un modello conforme all'apposito esemplare predisposto dall'Istituto nazionale di statistica.

Per quanto concerne le persone che trasferiscono la propria residenza dall'estero, l'art. 14 impone una ulteriore verifica ovvero il possesso di un passaporto o un documento di natura equipollente.

1. Chi trasferisce la residenza dall'estero deve comprovare all'atto della dichiarazione di cui all'art. 13, comma 1, lettera a), la propria identità mediante l'esibizione del passaporto o di altro documento equipollente.

2.2 Sull'art. 6 del decreto legislativo n. 286/1998.

Compiuto lo scrutinio della normativa in materia di anagrafe deve ora passarsi all'esame dell'art. 6 del decreto legislativo n. 286 del 1998, norma parimenti richiamata dall'art. 4, comma 1-bis, decreto legislativo n. 142/2015 oggi oggetto di esame.

L'art. 6 del testo unico immigrazione recita quanto segue al comma 7:

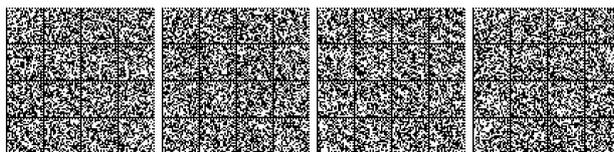
le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione. In ogni caso la dimora dello straniero si considera abituale anche in caso di documentata ospitalità da più di tre mesi presso un centro di accoglienza. Dell'avvenuta iscrizione o variazione l'ufficio dà comunicazione alla questura territorialmente competente.

La disposizione pone quindi i seguenti principi:

lo straniero ha diritto alle iscrizioni anagrafiche alle stesse condizioni del cittadino italiano;

affinché ciò avvenga lo straniero deve essere regolarmente soggiornante;

la dimora dello straniero si considera abituale quando è documentata la sua permanenza per più di tre mesi presso un centro di accoglienza.



2.3 *Sull'interpretazione dell'art. 4, comma 1-bis, decreto legislativo n. 142/2015 alla luce dei richiami normativi.*

Chiarito il portato normativo richiamato dall'art. 4, comma 1-bis, decreto legislativo n. 142/2015, si può ora tornare allo scrutinio della norma per comprenderne meglio il significato:

1-bis. Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'art. 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

Dall'esame delle norme richiamate si evince che le medesime non richiedono espressamente alcun «titolo» ai fini della loro operatività.

La normativa in materia di anagrafe, infatti, pone quali presupposti ai fini dell'operatività dell'iscrizione delle «dichiarazioni» che sono ricognitive di uno stato di fatto (nel caso di specie, l'avvenuto trasferimento dall'estero) e richiede «accertamenti» quale quello della dimora abituale. A sua volta, la norma del testo unico immigrazione specifica quando la dimora di uno straniero possa definirsi abituale e a quali condizioni lo straniero possa ottenere l'iscrizione anagrafica.

A ben vedere, tuttavia, entrambe le normative hanno un minimo comun denominatore, che si pone quale presupposto indefettibile per l'operatività delle stesse, e cioè che lo straniero sia regolarmente soggiornante sul territorio e che sia in possesso di un documento di riconoscimento.

La regolarità del soggiorno è infatti richiesta:

per l'operatività dell'art. 6 testo unico immigrazione e cioè per ottenere l'iscrizione anagrafica alle stesse condizioni del cittadino italiano;

per ottenere l'iscrizione stessa, dal momento che l'art. 7, comma 7, decreto del Presidente della Repubblica n. 223/1989 impone allo straniero di rinnovare gli adempimenti al rinnovo del permesso di soggiorno.

Il possesso di un documento di riconoscimento è richiesto:

al fine di provare l'identità per poter rendere le dichiarazioni di cui all'art. 6 decreto del Presidente della Repubblica n. 223/1989;

al fine di provare l'identità per poter trasferire la residenza dall'esterno ai sensi dell'art. 14, decreto del Presidente della Repubblica n. 223/1989.

Tanto premesso, e rimanendo sul piano di una interpretazione letterale, è evidente che l'espressione «il permesso di soggiorno non costituisce titolo» si colora di un immediato significato e cioè il permesso di soggiorno non prova, a quei fini, la regolarità del soggiorno dello straniero in Italia e non costituisce documento di riconoscimento.

Questa interpretazione letterale è avallata dall'intero dettato normativo dell'articolo in cui è inserito il comma in discussione.

L'art. 4 del decreto legislativo n. 142/2015 si occupa, infatti, di descrivere il permesso di soggiorno rilasciato al richiedente asilo, circoscrivendone la valenza.

Da una parte, lo stesso è titolo di legittima permanenza dello straniero sul territorio nazionale, dall'altra è un equipollente del documento di riconoscimento.

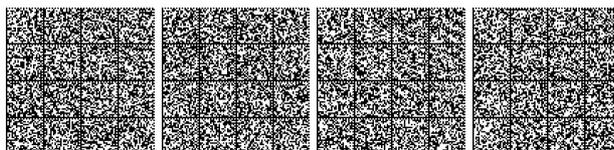
La disposizione, dopo aver fissato la validità del permesso per la durata di sei mesi, rinnovabile alle condizioni ivi richiamate, statuisce che il permesso di soggiorno va considerato documento di riconoscimento ai sensi di legge (comma 1).

L'introduzione della disposizione oggetto di esame al comma 1-bis, allora, collocazione che non può essere casuale, non può che confermare quanto già è evidente e cioè che ai soli fini della disciplina dell'iscrizione all'anagrafe il permesso di soggiorno non attesta la regolarità del soggiorno dello straniero sul territorio e non costituisce documento di riconoscimento.

Se ciò è abbastanza evidente alla stregua di una interpretazione letterale, trova ulteriore e decisivo avallo sulla scorta dell'interpretazione teleologica.

È noto a questo giudicante che il criterio letterale è solo il primo dei canoni ermeneutici alla stregua del quale va ricercato il significato delle parole, non considerate isolatamente, ma secondo la loro connessione e, anche in presenza di un significato chiaro, l'interpretazione della norma va effettuata anche alla luce del criterio funzionale fondato sul riferimento alla ragione della legge.

È parimenti noto che con intenzione del legislatore non debba intendersi la volontà soggettiva di chi ha concorso ad emanare la norma, ma l'intenzione obiettivizzata nella legge, alla stregua del tramonto della teoria della volontà soggettiva a favore di quella oggettiva.



Orbene, ai fini dell'individuazione dell'intenzione del legislatore deve farsi riferimento alla *ratio* della norma, cioè lo scopo al quale la norma risulta funzionalizzata, la sua ragione, l'interesse specifico tutelato. A tale fine, i lavori preparatori o le relazioni di accompagnamento delle leggi offrono argomenti dai quali inferire la ragione obiettiva della norma.

La relazione di accompagnamento al decreto-legge n. 113/2018 espressamente statuisce sul punto: «il permesso di soggiorno per richiesta asilo non consente l'iscrizione all'anagrafe dei residenti, fermo restando che esso costituisce documento di riconoscimento (...) l'esclusione dell'iscrizione anagrafica si giustifica per la precarietà del permesso per richiesta asilo e risponde alla necessità di definire preventivamente la condizione giuridica dello straniero».

Il legislatore è giunto quindi ad esplicitare la *ratio* di una tale scelta di politica legislativa e la stessa risiede nell'esigenza di definire quale sia la condizione giuridica dello straniero e se cioè abbia diritto o meno alla permanenza sul territorio nazionale a seguito del riconoscimento di una delle forme di protezione internazionale. Pertanto, il legislatore ha deliberatamente postergato il diritto all'iscrizione anagrafica, all'esito del vaglio della richiesta di protezione dello straniero.

Tale assunto è ulteriormente confermato dalla circolare del Ministero dell'interno del 18 ottobre 2018 che, un qualche rilievo, seppure *ad abundantiam* riveste.

Infatti, la stessa, sebbene mero atto interno dell'apparato amministrativo, non costituente fonte del diritto, e sebbene non coeva all'emanazione della norma di legge, promana dal medesimo organo costituzionale che ha esercitato la potestà legislativa in via d'urgenza mediante un decreto-legge che è stato poi convertito dal titolare formale del potere legislativo e fatto proprio. La circolare espressamente statuisce: «il permesso di soggiorno per richiesta di protezione internazionale di cui all'art. 4, comma 1, del citato decreto legislativo n. 142/2015 non potrà consentire l'iscrizione anagrafica».

Si richiama, sempre a corroborazione esterna di un risultato interpretativo che si fonda in via prioritaria sul dato letterale, il dossier n. 66/2 del 9 novembre 2018 redatto dal Servizio studi ufficio ricerche sulle questioni istituzionali, giustizia e cultura del Senato della Repubblica (Dossier reperibile dal sito web del Senato della Repubblica) che, sebbene non assuma alcuna rilevanza normativa, né vincoli l'attività dell'interprete, documenta l'attività degli organi parlamentari.

Orbene, si cita quanto nello stesso riportato, nel rispetto di quanto statuito in premessa dallo stesso dossier («la documentazione dei servizi e degli uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati è destinata alle esigenze di documentazione interna per l'attività degli organi parlamentari e dei parlamentari. Si declina ogni responsabilità per la loro eventuale utilizzazione o riproduzione per fini non consentiti dalla legge. I contenuti originali possono essere riprodotti, nel rispetto della legge, a condizione che ne sia citata la fonte»).

Il dossier da pag. 126 a pag. 129 esamina le modifiche in materia di iscrizione anagrafica mettendo in evidenza, dopo i richiami normativi che «la disposizione in esame deroga al principio espresso nel testo unico per i titolari di un permesso di soggiorno per richiesta asilo. Seconda la relazione illustrativa, l'esclusione dell'iscrizione anagrafica si giustifica per la precarietà del permesso di soggiorno per richiesta asilo e risponde alla necessità di definire in via preventiva la condizione giuridica del richiedente. In relazione alle modifiche previste dalla disposizione in esame, va richiamato che l'iscrizione anagrafica è comunque il presupposto per l'esercizio di alcuni diritti sociali (...)».

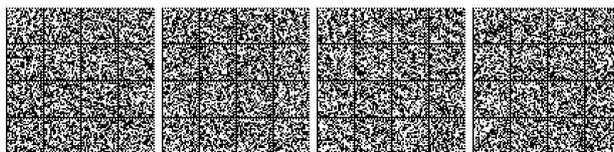
Il risultato a cui conduce la mera attività di interpretazione letterale e teleologica è chiaro: il permesso di soggiorno per richiedenti asilo non attesta la regolarità del soggiorno ai fini dell'iscrizione all'anagrafe della popolazione residente.

Acclarato il significato della disposizione, in seconda battuta, si può poi discutere in ordine alla legittimità costituzionale di una tale previsione normativa che con una operazione di ortopedia va a privare — solo a taluni fini, appunto quelli dell'iscrizione all'anagrafe - il permesso di soggiorno dell'effetto ontologicamente riconnesso al suo rilascio ovvero quello di attestare la regolarità del soggiorno dello straniero in Italia.

Appare impedito a questo giudice il ricorso ad altri canoni interpretativi in quanto lo stesso sarebbe finalizzato a riconnettere alla disposizione un significato diverso da quello che appare palese alla luce del testo della norma e della intenzione del legislatore.

Una tale operazione finirebbe inevitabilmente per dare luogo ad una *interpretatio abrogans* in palese contrasto con l'esercizio della potestà legislativa in capo all'organo a ciò deputato.

Ogni forma di interpretazione infatti non può mai disancorarsi dal dato letterale e può, al più, giungere ad individuare un risultato che, seppur *prima facie* non appariva riconducibile alla lettera della norma, lo diventa ad una analisi più profonda.



2.4 Sul tentativo di una «interpretazione costituzionalmente orientata».

Il tentativo di una interpretazione costituzionalmente orientata è stato condotto da alcuni tribunali di merito.

Il percorso logico seguito dal Tribunale di Bologna con l'ordinanza del 2 maggio 2019, dal Tribunale di Firenze con l'ordinanza del 18 marzo 2019, dal Tribunale di Genova con l'ordinanza del 22 maggio 2019 e poi ribadito da altre corti di primo grado segue sostanzialmente il seguente ragionamento:

l'art. 4, comma 1-*bis* decreto legislativo n. 142/2015 non pone un divieto espresso di iscrizione all'anagrafe del richieste asilo titolare del permesso di soggiorno;

la norma, infatti, si limita a dire che il permesso di soggiorno «non costituisce titolo»;

da un esame della normativa in materia, si evince che il permesso di soggiorno non è «titolo» per l'iscrizione all'anagrafe ma è mera prova della regolarità del soggiorno dello straniero sul territorio;

il decreto legislativo n. 142/2015 all'art. 5-*bis* — come introdotto dalla legge n. 46/2017 e poi abrogato dal decreto-legge n. 113/2018 — aveva introdotto una procedura semplificata di iscrizione all'anagrafe del richiedente asilo:

Art. 5-*bis* Iscrizione anagrafica.

1. Il richiedente protezione internazionale ospitato nei centri di cui agli articoli 9, 11 e 14 è iscritto nell'anagrafe della popolazione residente ai sensi dell'art. 5 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, ove non iscritto individualmente.

2. È fatto obbligo al responsabile della convivenza di dare comunicazione della variazione della convivenza al competente ufficio di anagrafe entro venti giorni dalla data in cui si sono verificati i fatti.

3. La comunicazione, da parte del responsabile della convivenza anagrafica, della revoca delle misure di accoglienza o dell'allontanamento non giustificato del richiedente protezione internazionale costituisce motivo di cancellazione anagrafica con effetto immediato, fermo restando il diritto di essere nuovamente iscritto ai sensi del comma 1.

tale procedura, in deroga alla disciplina ordinaria di iscrizione all'anagrafe, prevedeva che fosse il responsabile del centro di accoglienza che ospitava il migrante ad effettuare una comunicazione all'ufficio dell'anagrafe e dunque che non fosse il diretto interessato a richiedere l'iscrizione;

il decreto-legge n. 113/2018 dunque, da una parte ha abrogato tale procedura di iscrizione semplificata, dall'altra, con la norma oggi *sub iudice*, avrebbe ribadito che non vi è alcun automatismo tra rilascio del permesso di soggiorno e iscrizione all'anagrafe (automatismo che era posto a fondamento dell'art. 5-*bis* sopra richiamato);

la soluzione sarebbe avallata dal fatto che non vi è stata modifica all'art. 6 testo unico immigrazione in tema di parificazione tra stranieri regolarmente soggiornanti e cittadini italiani ai fini dell'iscrizione all'anagrafe.

Tale interpretazione, che tiene conto anche dell'evoluzione normativa, canone ermeneutico sicuramente valido, non può essere condivisa.

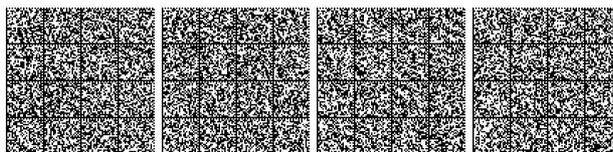
A parere di questo giudice, la stessa priva di significato la portata innovativa della norma e conduce ad una interpretazione abrogante, per le ragioni di seguito indicate:

la procedura di iscrizione semplificata è stata abrogata con una norma apposita, pertanto, non vi era la necessità di ribadire il difetto di automatismo tra rilascio del permesso di soggiorno ed iscrizione all'anagrafe con una ulteriore disposizione. Tra tutti i possibili significati riconducibili ad una norma, infatti, si deve optare per quello che riconnette alla medesima un qualche effetto, se esistente;

in ogni caso, pur assumendo quello indicato dai giudici di merito richiamati come il significato della norma, non si comprende quale sia il senso del richiamo all'art. 6 testo unico immigrazione, laddove si afferma che il permesso di soggiorno non è titolo ai sensi di quella norma (la disposizione non si occupa affatto dell'automatismo tra rilascio del permesso di soggiorno ed iscrizione all'anagrafe, ma pone semplicemente la regolarità del soggiorno dello straniero quale condizione per la parificazione al cittadino ai fini dell'applicazione della disciplina);

la mancata modifica dell'art. 6 testo unico immigrazione, che viene evocata a riprova dell'applicazione della disciplina ordinaria in materia di iscrizione all'anagrafe anche al richiedente asilo titolare del permesso di soggiorno, non rileva in alcun modo. Anzi, è proprio l'art. 4, comma 1-*bis*, decreto legislativo n. 142/2015 che, quale norma di pari rango e posteriore, introducendo una deroga, sottrae uno spazio applicativo all'art. 6 testo unico immigrazione, escludendo che il permesso per richiesta asilo sia prova della regolarità del soggiorno ai fini della sua applicazione.

Per tutto quanto esposto non si può condividere l'interpretazione prospettata nelle pronunce richiamate, secondo la quale la norma in questione «sancisce l'abrogazione, non della possibilità di iscriversi al registro della popolazione residente dei titolari di un permesso di soggiorno per richiesta asilo, ma sola della procedura semplificata prevista nel 2017, che introduceva l'istituto della convivenza anagrafica, svincolando l'iscrizione dai controlli previsti per gli altri stranieri regolarmente residente e per i cittadini italiani».



In ordine alla chiarezza del portato normativo si è espresso recentemente anche il Tribunale di Trento, con ordinanza dell'11 giugno 2019, statuendo che l'attuale assetto normativo preclude l'iscrizione all'anagrafe al richiedente asilo titolare del permesso di soggiorno.

Il provvedimento, in aderenza a quanto fino ad ora argomentato, arriva addirittura ad affermare la «palese chiarezza della relativa normativa richiamata, di cui all'art. 4, comma 1-bis della legge n. 142/2015, così come modificato dall'art. 13 del decreto-legge n. 113/2018, che esclude, *per tabulas*, la possibilità per il richiedente protezione di ottenere l'iscrizione anagrafica nel comune, ove è di fatto residente».

La corte di merito, inoltre, richiama il palese significato della norma quale limite per l'interprete: «Inoltre, si deve osservare che una interpretazione della suddetta norma, in senso costituzionalmente orientato, può effettuarsi alla condizione che il testo normativo da applicare non venga del tutto stravolto, nel suo significato palese, altrimenti effettuare operazioni di tal fatta, equivarrebbe a rendere non applicabili norme, espungendole di fatto dall'ordinamento giuridico, atto questo vietato all'operatore giuridico, dovendo, semmai, il giudice sollevare questione di legittimità costituzionale, per violazione dei parametri della Carta fondamentale».

Chiarita l'interpretazione della disposizione e chiarita l'impossibilità di riconnettere alla stessa un significato diverso ed opposto a quello che conduce alla preclusione all'iscrizione anagrafica, pena lo stravolgimento del dettato normativo, deve essere effettuato un esame circa la compatibilità della norma con l'impianto costituzionale, tenuto conto che l'odierno resistente ha invitato il giudice a sollevare eccezione di legittimità costituzionale della norma, sebbene limitandosi a richiamare i parametri violati.

Alla luce dell'attuale assetto normativo la domanda cautelare dovrebbe essere rigettata per difetto di *fumus boni iuris*, essendo legittimo il diniego di iscrizione anagrafica opposto dal Comune di Ancona. Tuttavia, laddove si dovesse ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal resistente, si dovrebbe andare ad indagare il rapporto tra tutela cautelare e sospensione del processo per rimessione della questione alla Corte costituzionale.

Prima di passare allo scrutinio della legittimità costituzionale della norma e della possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale nell'ambito del giudizio cautelare, appare utile soffermarsi sulla sussistenza del *periculum in mora* della tutela cautelare e ciò per due evidenti ragioni:

la prima risiede nel fatto che, laddove questo giudicante dovesse escludere il *periculum in mora*, si imporrebbe il rigetto della domanda cautelare a prescindere dalla sussistenza del *fumus boni iuris* e sarebbe ultroneo soffermarsi sulla legittimità costituzionale della norma o meno e sulla conseguente possibilità di introdurre un incidente di legittimità costituzionale, tenuto conto che la questione sarebbe irrilevante ai fini del decidere;

la seconda risiede nel fatto che l'esame del *periculum in mora* potrà già fornire elementi in ordine alla individuazione dei diritti che risultano eventualmente compromessi dalla mancata iscrizione all'anagrafe e quindi indizi che potranno risultare eventualmente utili a vagliare la non manifesta fondatezza della questione.

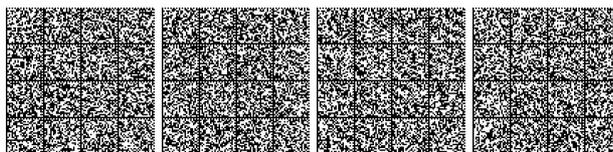
3. Sul *periculum in mora*

Come risulta dalla ricostruzione dello svolgimento del processo, cui si rimanda, il ricorrente ha argomentato la sussistenza di un *periculum in mora* dalla impossibilità di esercitare diritti e facoltà, che presuppongono l'avvenuta iscrizione all'anagrafe dei residenti, impossibilità che dunque sarebbe foriera di un pregiudizio non ristorabile per equivalente all'esito della definizione di un eventuale giudizio di merito volto all'accoglimento della domanda.

Nel ricorso introduttivo i pregiudizi sono stati indicati in via astratta e con il richiamo a quanto asserito dalla giurisprudenza di merito che ha evidenziato come la mancata iscrizione anagrafica rischi di impedire l'esercizio effettivo di diritti di rilievo costituzionale che potrebbero subire un pregiudizio irreparabile:

- eventuale iscrizione scolastica;
- sottoscrizione di un contratto di lavoro;
- accesso alle misure di politica attiva del lavoro ex art. 11, comma 1, lett c, decreto legislativo n. 150/2015;
- apertura di un conto corrente su cui il datore di lavoro possa versare il salario;
- ottenimento della patente di guida ex art. 118-bis 1 cds.;
- determinazione valore ISEE per accedere a determinate prestazioni sociali;
- decorrenza dei termini per il rilascio del permesso per soggiornanti di lungo periodo;
- decorrenza dei termini per l'ottenimento della cittadinanza italiana ex art. 9, 1 lettera f), legge n. 91/1992 ecc.

Nella memoria autorizzata il ricorrente ha meglio argomentato in ordine al caso concreto circa la sussistenza del *periculum in mora*, che, alla luce delle deduzioni, nel caso di specie, appare pacifico.



Infatti, sotto il profilo del *periculum* non ci si deve interrogare né in ordine alla legittimità o meno del diniego di iscrizione anagrafica, né in ordine alla legittimità o meno della preclusione all'esercizio dei diritti che ne conseguono, ma si deve valutare se tale diniego stia impedendo *medio tempore* ed in attesa del giudizio di merito l'esercizio di diritti o di facoltà che non siano ristorabili per equivalente all'esito di un eventuale giudizio di merito che stabilisca la illegittimità del rifiuto.

La risposta in ordine alla ristorabilità per equivalente dei diritti e facoltà compromessi, nel caso concreto, è negativa.

Allo stato attuale, la mancata iscrizione all'anagrafe — se legittima o meno è profilo distinto — preclude al ricorrente di accogliere un'offerta lavorativa concreta, che presuppone che il medesimo apra una partita I.v.a. e consegua la patente di guida, incumbenti preclusi dalla mancata iscrizione all'anagrafe.

L'impedimento all'esercizio dell'attività lavorativa, finalizzata, da una parte, al mantenimento del ricorrente e, dall'altra, al suo processo di integrazione, produce sicuramente un pregiudizio non ristorabile per equivalente e non meramente patrimoniale.

La mancata iscrizione impedisce, inoltre, di stipulare contratti di lavoro occasionale, ai sensi del decreto-legge n. 50/2017, in quanto al lavoratore è richiesta una registrazione al portale dell'I.N.P.S. che presuppone l'inserimento dei dati relativi alla residenza, dichiarazione che non può essere resa dallo straniero in difetto di iscrizione anagrafica. Di conseguenza, risulta precluso un canale di accesso al lavoro.

Si deve rilevare, peraltro, come al ricorrente sia applicabile la normativa in materia di protezione umanitaria, nell'ambito della quale lo svolgimento dell'attività lavorativa costituisce un indicatore del processo di integrazione della persona.

La mancata iscrizione all'anagrafe impedisce, inoltre, la decorrenza del termine di dieci anni *ex art. 9, legge n. 91/1992* ai fini dell'ottenimento della cittadinanza italiana. Non è errata l'affermazione del ricorrente laddove si evidenzia che ogni giorno di mancata iscrizione anagrafica è sottratto al progressivo maturare del requisito temporale.

Tanto premesso, va chiarito che la difesa del resistente ha argomentato l'insussistenza di un *periculum in mora* dalla norma posta dall'art. 5, comma 3 del decreto legislativo n. 142/2015, come modificato dal decreto-legge n. 113/2018 che recita:

L'accesso ai servizi previsti dal presente decreto e a quelli comunque erogati sul territorio ai sensi delle norme vigenti è assicurato nel luogo di domicilio individuato ai sensi dei commi 1 e 2.

Secondo la prospettazione del resistente la suddetta norma sarebbe utile a garantire l'accesso a tutte le prestazioni erogate sul territorio nazionale dalla pubblica amministrazione ma anche dai soggetti privati. La giurisprudenza di merito ha già evidenziato come tale norma sembra «presentare un tratto meramente declamatorio e non consentire comunque di coprire tutte le facoltà e le possibilità che in vari campi vengono ricondotte alla residenza, anche al di fuori dei servizi pubblici. Appare ragionevole, allo stato, ipotizzare la sua soccombenza di fronte alle disposizioni di pari rango che, invece, continuano a richiedere il requisito della residenza anagrafica per l'accesso ai benefici di volta in volta previsti» (Tribunale Firenze del 18 marzo 2019); «la locuzione servizi previsti dal presente decreto e erogati sul territorio nazionale non esaurisce infatti i diritti individuali fruibili dagli individui in connessione con la loro residenza sul territorio nazionale e rende comunque ingiustificatamente più grazioso il loro esercizio» (Tribunale di Bologna del 2 maggio 2019).

La tesi sostenuta dai richiamati tribunali di merito appare condivisibile in quanto il riferimento ai «servizi» limita di molto la portata precettiva della norma e se, da una parte, assicura l'accesso a servizi fondamentali quali quelli di tutela della salute, dall'altra, non consente di surrogare il luogo di domicilio a quello di residenza per ogni eventuale diritto o facoltà a questa riconnesso dalla legge.

4. Sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1, lettera a), n. 2) del decreto-legge n. 113/2018 convertito in legge n. 132/2018, che ha introdotto il comma 1-*bis* dell'art. 4, decreto legislativo n. 142/2015

4.1. Sulla rilevanza della questione.

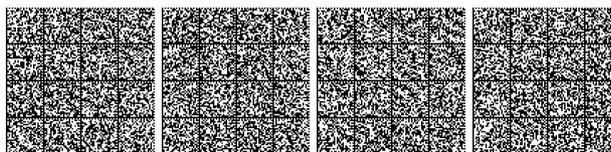
Ritenuto sussistente il requisito del *periculum* richiesto dall'art. 700 del codice di procedura civile, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1, lettera a), n. 2) del decreto-legge n. 113/2018 che ha introdotto l'art. 4, comma 1-*bis*, decreto legislativo n. 142/2015 diviene rilevante nel presente giudizio.

Il ricorrente, infatti, ha adito l'autorità giudiziaria a seguito del rigetto della domanda di iscrizione all'anagrafe della popolazione residente pronunciato dall'ufficiale dell'anagrafe del Comune di Ancona, il quale ha fatto applicazione della norma sospettata di illegittimità costituzionale.

Nella presente fase cautelare, quindi, il giudice è chiamato a pronunciare provvedimenti opportuni, facendo applicazione di quella norma. Alla luce di tutto quanto sopra enunciato, si dovrebbe giungere al rigetto della domanda cautelare per carenza del *fumus boni iuris*, in applicazione della norma sospettata di illegittimità costituzionale.

Tuttavia, proprio il fondato dubbio sulla legittimità costituzionale della norma, legittima il giudice che deve farne applicazione a sollevare la relativa questione.

Se, da un lato, la rilevanza della questione appare pacifica, dall'altro, occorre soffermarsi sul rapporto tra tutela cautelare e questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale nell'ambito del relativo giudizio.



È evidente, infatti, che l'ontologica celerità del rito cautelare entra in collisione con il meccanismo di sospensione del processo per rimessione della questione al vaglio della Corte costituzionale. L'interferenza tra i due giudizi non può essere risolta accedendo alla soluzione che opta per la assoluta incompatibilità tra tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale, in quanto è evidente che la soluzione pecca per eccessivo formalismo ed obbliga il giudice della cautela — deputato per sistema a fornire una tutela a fronte di situazioni minacciate da pregiudizio — a negare la tutela, facendo applicazione di una norma sospettata di illegittimità costituzionale.

Allo stesso tempo, in un sistema giuridico di sindacato costituzionale accentratore, non appare percorribile neanche la soluzione diametralmente opposta e cioè quella del giudice che concede la tutela, disapplicando la norma sospettata di illegittimità costituzionale. La richiamata soluzione eleverebbe il giudice di merito a giudice delle leggi, dando spazio ad una vistosa anomalia del sistema: si assisterebbe ad un esercizio di un potere costituzionale riservato ad altro organo e l'efficacia *inter partes* della pronuncia avrebbe dei riflessi in tema di trattamento diversificato sul territorio. Si aggiunga, inoltre, che alla luce della idoneità del provvedimento *ex art. 700* del codice di procedura civile a conservare la sua efficacia, rientrando lo stesso nel novero dei provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata, non vi sarebbe la garanzia di un successivo giudizio di merito nel quale la questione possa essere portata al vaglio della Corte costituzionale.

Una soluzione al problema, che questo giudicante ritiene di condividere, trova origine nella giurisprudenza amministrativa. Si tratta della c.d. tutela cautelare a tempo ovvero la misura cautelare viene concessa, in via provvisoria, condizionandone la conferma o la revoca all'esito del giudizio di legittimità costituzionale.

La soluzione, che prevede la scomposizione della fase cautelare in una fase interinale, nella quale il giudice concede la cautela fino alla decisione della Corte costituzionale, ed una seconda fase nella quale il giudice si pronuncia in via definitiva, tenendo conto dell'esito del giudizio costituzionale, consente, da un lato, di preservare l'effettività e l'immediatezza della tutela cautelare e, dall'altro, di scongiurare una pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per esaurimento della *potestas iudicandi* del giudice rimettente.

D'altronde la scomposizione del giudizio in due fasi non è estranea neanche al processo civile: si pensi al meccanismo di cui all'art. 669-*sexies*, comma 2 del codice di procedura civile.

La compatibilità tra tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale, nei termini anzidetti, ha superato il vaglio della stessa Corte costituzionale, la quale ha ritenuto ammissibili questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale nell'ambito di giudizi cautelari, sul presupposto che la tutela sia stata concessa in via provvisoria proprio in ragione della non manifesta infondatezza della questione.

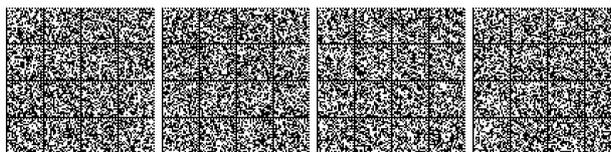
Si richiama a tal fine un passaggio argomentativo della ordinanza n. 25 del 2006 della Corte costituzionale: «deve respingersi l'eccezione di inammissibilità della questione sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato sul presupposto che, avendo emesso il provvedimento cautelare richiestogli con l'appello proposto avverso l'ordinanza di diniego del TAR, il Consiglio di Stato avrebbe esaurito la *potestas iudicandi*, quale ad esso compete nella sede cautelare; che questa Corte ha più volte statuito che il giudice amministrativo ben può sollevare questione di legittimità costituzionale in sede cautelare, sia quando non provveda sulla domanda cautelare, sia quando conceda la relativa misura, purché tale concessione non si risolva, per le ragioni addotte a suo fondamento, nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice amministrativo fruisce: con la conseguenza che la questione di legittimità costituzionale è inammissibile - oltre che, ovviamente, se la misura è espressamente negata (ordinanza n. 82 del 2005) - quando essa sia concessa sulla base di ragioni, quanto al *fumus boni iuris*, che prescindono dalla non manifesta infondatezza della questione stessa (sentenza n. 451 del 1993); che la *potestas iudicandi* non può ritenersi esaurita quando la concessione della misura cautelare è fondata, quanto al *fumus boni iuris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, dovendosi in tal caso la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato ritenere di carattere provvisorio e temporaneo fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale (*ex plurimis*, sentenze n. 444 del 1990; n. 367 del 1991; numeri 24, 30 e 359 del 1995; n. 183 del 1997; n. 4 del 2000)».

Tanto premesso, il principio enunciato dalla Corte costituzionale, sebbene relativo ad ipotesi nelle quali la tutela cautelare era di tipo sospensivo, si ritiene applicabile anche ai casi di cautela di natura anticipatoria, come quella *sub iudice*.

Infatti, nel caso di specie, verrebbe concessa la misura cautelare mediante l'ordine di iscrivere il ricorrente all'anagrafe della popolazione residente, con riserva di confermare il provvedimento o caducarlo, ordinando quindi la cancellazione dell'iscrizione, all'esito del giudizio di costituzionalità.

Non vi sarebbe alcun ostacolo normativo, dal momento che l'art. 700 del codice di procedura civile, peraltro, attribuisce al giudice il potere di adottare «i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze più idonei».

La concessione del provvedimento anticipatorio, inoltre, per la natura dell'iscrizione all'anagrafe della popolazione residente, non determinerebbe effetti irreversibili — non suscettibili di successiva modifica — ma garantirebbe l'iscrizione almeno fino all'esito del giudizio di legittimità costituzionale, momento nel quale si stabilirà se confermare definitivamente la misura o disporre la cancellazione.



In applicazione del principio avallato dalla Consulta, pertanto, la questione di legittimità costituzionale sarebbe ammissibile poiché la misura cautelare verrebbe provvisoriamente concessa proprio sul presupposto esclusivo secondo cui si ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale.

Va rilevato, infine, che l'eventuale esclusione della c.d. tutela cautelare a tempo per le misure cautelari di natura anticipatoria determinerebbe un irragionevole discrimine rispetto a quelle di natura sospensiva, che non si giustificata alla luce delle ragioni richiamate.

Si evidenzia, tra l'altro, che la Corte di Giustizia dell'Unione europea, con pronunce risalenti, si è pronunciata in modo favorevole rispetto all'analogia ipotesi della possibilità per i giudici che sollevano rinvio pregiudiziale di adottare misure cautelari provvisorie durante il tempo necessario alla pronuncia della Corte, evidenziando come tale possibilità fosse da estendere anche alle misure di natura anticipatoria (Cfr. CGUE 9 settembre 1995 C-465/93).

4.2. Sulla non manifesta infondatezza.

Occorre premettere che il resistente, nel presente giudizio, ha eccepito l'illegittimità costituzionale della norma limitandosi ad indicare la disposizione di legge viziata da illegittimità costituzionale e le disposizioni della Costituzione che si assumono violate. In particolare, il Comune di Ancona ha individuato i seguenti parametri: 3, 10, 16, 77, 97, 117 e 118 Cost..

L'art. 23 della legge n. 87 del 1953, al comma secondo, peraltro, consente anche al giudice di sollevare *ex officio* questione di legittimità costituzionale delle norme che è chiamato ad applicare.

Sotto il primo profilo la non manifesta infondatezza costituisce un filtro e comporta per il giudice che la questione debba essere sollevata ogni qualvolta non si presenti, così come dedotta dalle parti, palesemente infondata.

Nel caso del rilievo *ex officio* l'integrazione della non manifesta infondatezza non si risolve in un filtro tra le parti e la Corte costituzionale ma coincide con l'impossibilità di dare una interpretazione compatibile con la Costituzione.

Tanto premesso, si ritiene la questione non manifestamente infondata.

Ai sensi dell'art. 43 del codice civile la residenza è il luogo in cui la persona ha la dimora abituale, cioè il luogo in cui il soggetto vive la quotidianità dei suoi interessi e della propria famiglia. L'atto con il quale si stabilisce la residenza è un atto giuridico in senso stretto nel quale cioè l'elemento soggettivo non rileva in sé ma si deve manifestare in un comportamento che, alla stregua della valutazione sociale, corrisponde ad effettiva abitazione abituale in un certo luogo («La residenza di una persona è determinata dalla sua abituale e volontaria dimora in un determinato luogo, cioè dall'elemento obiettivo della permanenza in tale luogo e dall'elemento soggettivo dell'intenzione di abitarvi stabilmente, rivelata dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle normali relazioni sociali» Cassazione n. 1738/1986).

L'iscrizione al pubblico registro anagrafico tenuto presso ogni comune ha mero valore pubblicitario e, senz'altro, non costitutivo in quanto è noto che l'effettiva residenza di una persona può essere accertata con ogni mezzo, anche contro le risultanze anagrafiche.

L'iscrizione anagrafica pertanto ha mero valore ricognitivo di una situazione di fatto che esiste a prescindere dalla sua manifestazione formale. La preclusione all'iscrizione, pertanto, si risolve in un ostacolo ad ottenere la pubblicizzazione di uno stato di fatto, che si pone a presupposto di esercizio di una molteplicità di diritti e di facoltà, sia nell'ambito del settore pubblico, che nell'ambito del settore privato.

Se da una parte l'iscrizione anagrafica, in quanto priva di valore costitutivo, può apparire una mera formalità senza rilievo, dall'altra, nel fondare la presunzione di corrispondenza alla realtà effettiva circa il luogo di stabile dimora di un soggetto, assurge a strumento di primaria importanza, laddove, tanto nel settore pubblico, quanto nel settore privato, si consente di dare prova della propria residenza mediante il richiamo alla dichiarazione anagrafica.

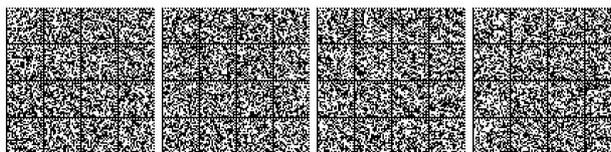
La preclusione all'iscrizione, allora, è ostacolo dapprima alla pubblicità di una situazione di fatto e, secondariamente, alla possibilità di fornirne la relativa prova ai fini dell'esercizio di diritti e facoltà o dell'accesso a servizi pubblici o privati.

La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che lo strumento dell'anagrafe «è predisposto nell'interesse sia della pubblica amministrazione, sia dei singoli individui. Sussiste, invero, non soltanto l'interesse dell'amministrazione ad avere una relativa certezza circa la composizione ed i movimenti della popolazione (...) ma anche l'interesse dei privati ad ottenere le certificazioni anagrafiche ad essi necessarie per l'esercizio dei diritti e politici e, in generale, per provare la residenza e lo stato di famiglia» (Cass. n. 449/2000).

Tanto premesso, si rammenta che la preclusione all'iscrizione anagrafica è stata giustificata dalla relazione illustrativa al decreto-legge con la precarietà del soggiorno del migrante e con la necessità di definire in via prioritaria la sua condizione giuridica.

La medesima argomentazione è stata recepita dell'ordinanza del Tribunale di Trento che ha escluso profili di illegittimità costituzionale della norma proprio con il richiamo alla diversa condizione dello straniero.

La considerazione *se, prima facie*, può apparire condivisibile, ad un esame più attento non lo è.



Il soggiorno dello straniero richiedente asilo, legittimato dal rilascio del relativo permesso, è pacificamente non di breve durata. I tempi di accertamento delle condizioni che costituiscono presupposto del riconoscimento della protezione internazionale che includono il procedimento dinanzi alle commissioni territoriali, l'eventuale impugnativa dinanzi al Tribunale e poi in Cassazione sono di gran lunga superiori al tempo minimo necessario per poter definire il luogo in cui lo straniero ha fissato la propria dimora come abituale.

Tra i parametri di legge che si possono utilizzare al fine di riconoscere l'abitudine di una dimora, vi è sicuramente l'art. 6 testo unico immigrazione che fissa a tal fine il termine di tre mesi.

Di conseguenza, se da una parte è vero che la condizione del richiedente asilo è precaria, dall'altra, è parimenti vero che il suo soggiorno si protrae legittimamente sul territorio per tempi che superano sempre almeno la durata annuale, tempi nei quali viene impedita la pubblicizzazione e la prova di una residenza che, di fatto, viene acquisita.

È noto che al legislatore è consentito dettare norme che regolino l'ingresso e la permanenza dei cittadini extracomunitari nel nostro paese purché non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali. Sul punto, la Corte costituzionale ha più volte ribadito il principio secondo cui il legislatore può subordinare l'erogazione di determinate prestazioni alla circostanza che lo straniero sia soggiornante con un titolo non episodico e non di breve durata (Cfr: Corte costituzionale n. 306/2008). Nel caso in esame, il legislatore sembra aver riservato un trattamento deteriore in riferimento ad uno straniero, legalmente soggiornante ma con titolo che non è né episodico, né di breve durata.

I dubbi di legittimità costituzionale della norma censurata appaiono quindi non manifestamente infondati con riferimento ai seguenti parametri costituzionali.

Il primo parametro rispetto al quale si ritiene fondato il dubbio di legittimità è rappresentato dall'art. 2 della Costituzione.

L'impossibilità per lo straniero richiedente asilo di ottenere la certificazione anagrafica in ordine alla sua dimora abituale comporta, per le ragioni enunciate, una condizione di minorazione generale della sua persona la quale si vede impossibilitata a dare prova di una condizione di fatto esistente (la dimora abituale).

Tale limite si traduce in una preclusione all'accesso a tutti quei diritti, facoltà e servizi che elevano tale prova a requisito costitutivo, interponendo quindi seri ostacoli allo sviluppo della persona come singolo e nelle formazioni sociali.

In secondo luogo, la questione di legittimità costituzionale appare non manifestamente infondata con riferimento all'art. 3 della Costituzione sotto plurimi aspetti.

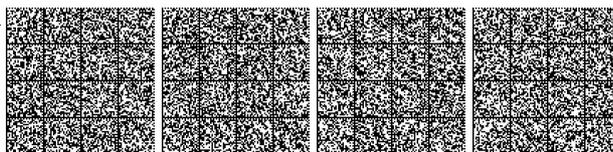
Appare violato, in primo luogo, il principio di ragionevolezza, in quanto il legislatore con la norma censurata ha privato, al solo fine di impedire l'iscrizione anagrafica, il «permesso di soggiorno», documento deputato al precipuo fine di attestare la regolarità del soggiorno di uno straniero sul territorio, della sua ontologica natura ovvero della sua capacità di provare la legittima permanenza sul territorio nazionale.

Il principio di ragionevolezza può dirsi rispettato solo laddove esista una «causa normativa» della suddetta differenziazione che, nel caso di specie, non può essere ravvisata nella «precarietà della condizione giuridica dello straniero» in quanto tale precarietà non corrisponde ad un soggiorno di breve durata.

La soluzione adottata dal legislatore appare quindi sproporzionata rispetto al fine: il legislatore avrebbe dovuto selezionare i diritti ed i servizi rispetto ai quali si legittima una preclusione all'accesso da parte del richiedente asilo e non anche precludere indiscriminatamente ogni facoltà — in ambito pubblico e privato — che si riconnette al possesso della residenza anagrafica, etichettando il soggiorno del richiedente asilo come «soggiorno irregolare» solo a taluni fini.

L'intervento sproporzionato rispetto al fine perseguito è rivelato da una contraddizione in cui è caduto lo stesso legislatore, palesando un ulteriore profilo di irragionevolezza.

Da un lato infatti, il legislatore ha previsto che il permesso di soggiorno per richiesta asilo consente di svolgere attività lavorativa (Cfr: art. 22 decreto legislativo n. 142/2015 «Il permesso di soggiorno per richiesta asilo di cui all'art. 4 consente di svolgere attività lavorativa, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda, se il procedimento di esame della domanda non è concluso ed il ritardo non può essere attribuito al richiedente») — riconoscendo quindi l'importanza di tale profilo non solo ai fini del sostentamento dello straniero, ma anche ai fini della sua integrazione nel tessuto sociale — dall'altro, con la preclusione all'iscrizione all'anagrafe della popolazione residente, ha impedito al titolare di permesso di soggiorno di interloquire con l'ente deputato alla gestione ed alla ricerca di occasioni lavorative. La mancata iscrizione all'anagrafe, infatti, preclude l'accesso alle politiche attive del lavoro di cui all'art. 11 decreto legislativo n. 150/2015, politiche riservate per espressa previsione di legge ai residenti sul territorio (Cfr: art. 11, comma 3, lettera c), decreto legislativo n. 150/2011), così come preclude l'inserimento del titolare del permesso per richiesta asilo nel sistema informativo unitario delle politiche del lavoro che prevede la formazione di una scheda anagrafica del lavoratore (Cfr: art. 13, decreto legislativo n. 150/2011). Allo stesso tempo, è preclusa la possibilità di stipulare contratti di lavoro di prestazione di lavoro occasionale, come disciplinati dal decreto-legge n. 50/2017 e dal decreto-legge n. 87/2018, in quanto al lavoratore privo di residenza è preclusa la registrazione al portale telematico dell'I.N.P.S..



In definitiva, quindi, il diritto al lavoro che è stato riconosciuto anche ai titolari di permesso di soggiorno per richiesta asilo risulta compromesso dagli ostacoli che la norma *sub iudice* - impedendo l'acquisizione di una residenza formale - frappone tra il lavoratore e i canali di accesso alle occasioni lavorative, con evidenti profili di irragionevolezza.

Appare poi violato il principio di eguaglianza e non discriminazione, *sub specie* di diversità di trattamento a fronte di situazioni eguali.

L'impossibilità per il richiedente asilo di ottenere la ricognizione anagrafica, a fronte della sussistenza del requisito costitutivo della residenza ovvero la dimora abituale, si estrinseca in un trattamento peggiore non giustificato rispetto al cittadino italiano ma anche e soprattutto rispetto allo straniero regolarmente soggiornante con altro titolo.

La «precarietà» della sua condizione giuridica, infatti, non pare giustificare il diverso trattamento, dal momento che, per le ragioni già individuate, tale precarietà non equivale ad una breve durata del soggiorno legittimo sul territorio nazionale e pertanto non inficia il presupposto posto a base della residenza e cioè la dimora abituale nel suo elemento oggettivo e soggettivo.

La discriminazione è ancora più evidente rispetto agli altri stranieri regolarmente soggiornanti e cioè muniti di permesso di soggiorno di altro tipo. Rispetto a quest'ultimi, addirittura, l'ingiustificato trattamento peggiore può risultare più marcato poiché gli stessi non incontrano limitazioni nell'accesso alle iscrizioni anagrafiche e possono ottenerle con il decorso del tempo minimo necessario a considerare la loro dimora come abituale, anche a fronte di un soggiorno temporalmente ridotto rispetto a quello dei richiedenti asilo.

La precarietà della condizione giuridica dello straniero richiedente asilo è senz'altro un elemento discrezionale rispetto alla condizione del cittadino o di un altro straniero titolare di un permesso di altro tipo, ma la stessa può e deve avere un peso esclusivamente rispetto a questioni nelle quali la suddetta precarietà entra in collisione con gli effetti di una situazione giuridica da riconoscere.

Rispetto al diritto a vedersi riconosciuta mediante certificazione anagrafica la propria dimora abituale, la precarietà della condizione giuridica non esplica nessuno effetto e non giustifica l'impossibilità di ottenere prova di una residenza che è effettivamente abituale e che può protrarsi anche per anni. Peraltro, non possono invocarsi neanche esigenze di certezza delle risultanze anagrafiche, poiché l'art. 7, comma 3, decreto del Presidente della Repubblica n. 223/1989 — laddove pone l'obbligo di rinnovare la dichiarazione di dimora abituale entro sessanta giorni dal rinnovo del permesso di soggiorno e statuisce che l'ufficiale dell'anagrafe aggiorna la scheda anagrafica dello straniero — assicura un meccanismo di cancellazione della residenza laddove il permesso di soggiorno non dovesse essere rinnovato.

Infine, dubbi di legittimità costituzionale si avanzano anche in riferimento alla violazione dell'art. 117, comma 1 della Costituzione in relazione all'art. 2, protocollo n. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in base al quale «chiunque si trovi legalmente nel territorio di uno Stato ha diritto alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza in quel territorio» nonché all'art. 117, comma 1 in relazione all'art. 12 del Patto sui diritti internazionali civili e politici «Ogni individuo che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato ha diritto alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza in quel territorio».

P.Q.M.

Ordina all'ufficiale dell'anagrafe del Comune di Ancona di iscrivere il ricorrente all'anagrafe della popolazione residente del Comune di Ancona, in via provvisoria, riservando all'esito dell'incidente di costituzionalità la decisione definitiva in ordine alla domanda cautelare.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli articoli 2 Cost., 3 Cost., 117 Cost. in riferimento all'art. 2 protocollo addizionale alla C.e.d.u. n. 4, 117 Cost. in riferimento all'art. 12 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1, lettera a) n. 2), decreto-legge n. 113/2018 convertito in legge n. 132/2018.

Dispone la immediata trasmissione degli atti e della presente ordinanza, comprensivi della documentazione attestante il perfezionamento delle prescritte comunicazioni e notificazioni, alla eccellentissima Corte costituzionale e sospende il giudizio.

Manda alla cancelleria per la notificazione della presente ordinanza alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché per la sua comunicazione ai presidenti delle due Camere del Parlamento.

Ancona, 29 luglio 2019

Il Giudice: MARINANGELI



N. 154

Ordinanza del 5 febbraio 2019 del Tribunale di Siracusa nel procedimento civile promosso da Castrovinci Dario contro Istituto regionale per lo sviluppo delle attività produttive (IRSAP), Consorzio ASI della Provincia di Siracusa, in liquidazione e Assessorato regionale attività produttive della Sicilia

Impiego pubblico - Norme della Regione Siciliana - Misure per il conseguimento di risparmi di spesa - Trattamento economico complessivo dei dipendenti, anche con qualifica dirigenziale, degli enti sottoposti a controllo e vigilanza della Regione, delle società a totale o maggioritaria partecipazione regionale, che svolgono l'attività esclusivamente con affidamenti diretti della Regione, nonché degli enti che ricevono trasferimenti o contributi a carico del bilancio regionale - Applicazione di un limite massimo di 100.000 euro annui lordi.

- Legge della Regione Siciliana 11 giugno 2014, n. 13 (Variazioni al bilancio di previsione della Regione per l'esercizio finanziario 2014 e modifiche alla legge regionale 28 gennaio 2014, n. 5 "Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2014. Legge di stabilità regionale". Disposizioni varie), art. 13, comma 3, come modificato dall'art. 14 [, comma 1, lettera a),] della legge regionale 17 maggio 2016, n. 8 (Disposizioni per favorire l'economia. Norme in materia di personale. Disposizioni varie).

TRIBUNALE ORDINARIO DI SIRACUSA

PRIMA SEZIONE CIVILE - SETTORE LAVORO E PREVIDENZA

Il Giudice, nella causa iscritta al n. 459/2017 R.G., promossa ex articoli 442 e ss. del codice di procedura civile da: Castrovinci Dario rappresentato e difeso Carmelo Romeo ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Catania, ricorrente;

Contro:

Istituto regionale per lo sviluppo delle attività produttive (I.R.S.A.P.) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dal prof. avv. Massimiliano Marinelli;

Consorzio A.S.I. della Provincia di Siracusa, in liquidazione in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dal prof. avv. Massimiliano Marinelli;

Assessorato regionale attività produttive della Sicilia in persona dell'Assessore *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catania, resistenti;

sciogliendo la riserva che precede, ha pronunciato la seguente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, avente ad oggetto il comma 3, art. 13 della legge Regionale n. 13 dell'11 giugno 2014, come modificata dall'art. 14 legge regionale 17 maggio 2016, per contrasto con gli articoli 3, 36 e 117 Cost.

Premesso in fatto

che con ricorso depositato il 14 febbraio 2017, Castrovinci Dario — nel sollecitare la rimessione degli atti del presente giudizio alla Corte costituzionale per l'esame della questione di legittimità costituzionale del comma 3, art. 13 della legge regionale n. 13 dell'11 giugno 2014, come modificata dall'art. 14 legge regionale 17 maggio 2016, per contrasto con gli articoli 3, 36 e 117 Cost. — deduce:

di essere dirigente di I fascia del ruolo del comparto Regione Siciliana ed enti pubblici non economici sottoposti a vigilanza e/o controllo della Regione Siciliana, giusta deliberazione di inquadramento giuridico del C.D. del Consorzio per l'Area di sviluppo industriale (Consorzio ASI) della Provincia di Siracusa n. 171 del 19 gennaio 2001; precisamente, di essere direttore generale di ruolo a seguito di concorso pubblico, nonché dirigente generale del Consorzio ASI in forza di contratto di durata settennale stipulato il 7 dicembre 2005; di essere stato utilizzato, dal 3 settembre 2012, ovvero dalla data di istituzione dell'I.R.S.A.P., quale dirigente di I fascia, per l'assolvimento di una molteplicità di incarichi ovvero: dirigente responsabile dell'Ufficio periferico di Siracusa; dirigente dell'Area affari giuridici; presi-



dente dell'ufficio per i procedimenti disciplinari; di essere stato nominato con il D.A. 8 settembre 2016, prot. 2512 Commissario liquidatore del Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione e con D.A. n. 1768 del 10 giugno 2016 Commissario *ad acta* del medesimo consorzio; di essere transitato nel ruolo della pianta organica dell'I.R.S.A.P. ex art. 19, comma 10, legge Regione Siciliana n. 8/2012 e successiva determinazione della Direzione generale n. 4 dell'11 gennaio 2017;

che il ricorrente si duole della riduzione della retribuzione conseguita al passaggio alla pianta organica dell'I.R.S.A.P., a seguito di mobilità non volontaria ma quale conseguenza della scelta politica e organizzativa di centralizzazione, avendo egli subito — in applicazione del provvedimento del 29 luglio 2016, prot. n. 94457 (del quale chiede la disapplicazione) — l'imposizione di un tetto massimo di € 100.000,00 annui lordi con effetto retroattivo dal 23.6.2016 e quindi incidente su sui trattamenti già maturati e corrisposti, con conseguente decurtazione stipendiale annua di € 44.000,00 pari al differenziale aritmetico tra il trattamento annuo in godimento (€ 144.000,00) e il nuovo tetto retributivo (€ 100.000,00);

che l'adozione del provvedimento impugnato (I.R.S.A.P., 29 luglio 2016, prot. n. 94457) è avvenuta in applicazione dell'art. 14 della legge regionale 17 maggio 2017, n. 8, che ha modificato l'art. 13 della legge regionale 11 giugno 2014, n. 13, alla quale il ricorrente muove censure di legittimità costituzionale che ritiene non «manifestamente infondate»;

che il convenuto I.R.S.A.P., dopo aver contestato la propria legittimazione passiva in favore di gestioni separate costituite presso lo stesso Istituto fino al completamento della liquidazione del Consorzio ASI e all'approvazione della pianta organica del personale transitato, ha confermato di avere adottato il provvedimento impugnato dovendo dare applicazione all'art. 14 della legge regionale 17 maggio 2017, n. 8;

che analoghe difese sulla doverosità dell'adeguamento del trattamento retributivo in applicazione della legge regionale ha speso il convenuto Consorzio ASI in liquidazione, mentre l'Assessorato regionale attività produttive della Regione Siciliana, ha eccepito il difetto della propria legittimazione passiva in mancanza della qualità di datore di lavoro del ricorrente;

che tutti e tre i convenuti hanno contestato la fondatezza delle censure di legittimità costituzionale sollevate dal ricorrente avverso la disposizione normativa regionale;

OSSERVA

L'art. 14 della legge della regione siciliana n. 8 del 17 maggio 2016 prevede:

«All'art. 13 della legge regionale 11 giugno 2014, n. 13 sono apportate le seguenti modifiche:

a) al comma 3 le parole da “e degli enti” fino a “sanitario” sono sostituite dalle parole “e degli enti del settore sanitario. Il trattamento economico complessivo dei dipendenti, anche con qualifica dirigenziale, e dei titolari di contratti di lavoro degli enti sottoposti a controllo e vigilanza della Regione, delle società a totale o maggioritaria partecipazione della Regione, che svolgono l'attività esclusivamente con affidamenti diretti della stessa Regione, nonché degli enti che, a qualunque titolo, ricevono trasferimenti o contributi a carico del bilancio della Regione, non può essere superiore a 100.000 euro annui lordi.”;

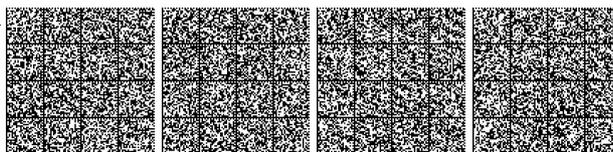
b) al comma 3-bis le parole “di cui al comma 2” sono sostituite dalle parole “di cui ai commi 2 e 3”.

2. Il settimo comma dell'art. 6 della legge regionale 6 giugno 1975, n. 42 è soppresso».

Per quel che qui rileva, l'art. 13 della legge regionale 11 giugno 2014, n. 13 ai commi 2 e 3 prima della modifica prevedeva:

«2. Al fine di conseguire risparmi di spesa attraverso la razionalizzazione della spesa pubblica regionale nonché al fine della salvaguardia degli equilibri di bilancio, per il periodo 1° luglio 2014 - 31 dicembre 2016, i trattamenti onnicomprensivi di pensione, compresi quelli in godimento, in tutto o in parte a carico dell'Amministrazione regionale e del Fondo pensioni Sicilia, non possono superare il tetto di 160 migliaia di euro annui.

3. Lo stesso limite di cui al comma 2 si applica al trattamento economico annuo complessivo fiscale dei dipendenti dell'Amministrazione regionale e degli enti di cui all'art. 1 della legge regionale 15 maggio 2000, n. 10, presso cui si applica il contratto collettivo dei dipendenti regionali, nonché, in quanto compatibile al trattamento economico annuo complessivo dei dipendenti degli enti pubblici regionali, delle società partecipate dalla Regione Siciliana e comunque di tutti gli enti, di natura pubblica o privata, che ricevono a qualunque titolo trasferimenti, contributi o corrispettivi a carico del bilancio della Regione Siciliana, compreso il settore sanitario.».



Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal ricorrente appaiono rilevanti nel presente giudizio in quanto la disposizione della legge regionale censurata costituisce la previsione normativa, in applicazione della quale l'I.R.S.A.P. ha emesso il provvedimento impugnato, con il quale ha ridotto lo stipendio annuo già in godimento del ricorrente, con applicazione retroattiva e conseguenti trattenute sulle competenze mensili del Castrovinci.

È lo stesso I.R.S.A.P. che, all'atto della costituzione in giudizio, sottolinea la doverosità del provvedimento adottato (prot. n. 94457 del 29 luglio 2016), dichiarando di non potersi sottrarre all'obbligo di dare applicazione alla legge regionale impositiva del tetto massimo di € 100.000,00 lordi annui per il trattamento economico complessivo dei dipendenti, anche con qualifica dirigenziale, degli enti sottoposti a controllo e vigilanza della Regione.

La rilevanza della questione deriva dalla considerazione che l'eventuale pronuncia di incostituzionalità dell'art. 14 della legge della Regione Siciliana n. 8 del 17 maggio 2016 determinerebbe l'illegittimità delle trattenute operate dall'I.R.S.A.P. in applicazione della norma stessa, delle quali il ricorrente chiede la restituzione previa disapplicazione del provvedimento del 29 luglio 2016.

Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, legge regionale n. 8/2016 sollevate in relazione agli articoli 3, 36 e 117 Cost. non appaiono poi manifestamente infondate.

Non appare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 3 della Costituzione, in quanto la novella normativa, modificando l'art. 13 della legge regionale 11 giugno 2014, n. 13 comma 3 individua due trattamenti economici differenziati, distinguendo la posizione del personale e dei dirigenti dipendenti direttamente dalla Regione Sicilia e dagli enti del settore sanitario, da un lato, dalla posizione dei dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, degli enti sottoposti a controllo e vigilanza della Regione, delle società a totale o maggioritaria partecipazione della Regione, che svolgono l'attività esclusivamente con affidamenti diretti della stessa Regione, nonché degli enti che, a qualunque titolo, ricevono trasferimenti o contributi a carico del bilancio della Regione: per i primi, il fine di salvaguardare gli equilibri di bilancio è perseguito mediante la previsione del tetto massimo di € 160.000,00 annui per i trattamenti onnicomprensivi in godimento, per un periodo di tempo limitato (fino al 31 dicembre 2016, prorogato per il triennio 2017-2019 con l'art. 1, comma 3, legge regionale n. 28 del 29 dicembre 2016), mentre per i dipendenti degli enti sottoposti a controllo e vigilanza della Regione, anche di qualifica dirigenziale, al medesimo fine, il tetto massimo viene fissato in misura decisamente inferiore, ovvero in 100.000 euro annui lordi e senza alcuna previsione di temporaneità.

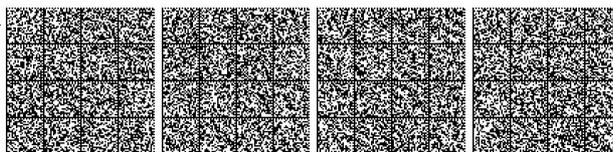
Non si ravvisa alcuna ragione giustificatrice per il trattamento peggiore riservato, solo a seguito della novella, dalla legge regionale nei confronti dei dipendenti degli enti regionali rispetto ai dipendenti della Regione Sicilia e del comparto sanitario, non essendo allegare nemmeno dalle difese delle parti resistenti le differenze sostanziali per le quali non possano ritenersi analoghe le posizioni dei dirigenti regionali e degli enti sanitari e quelle dei dirigenti degli altri enti regionali.

La previsione legislativa appare pertanto contrastare sia con il principio di parità di trattamento e divieto di discriminazione delle persone poste in situazioni equiparabili tutelato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sia con l'art. 3 della Costituzione, essendo previsto un trattamento differenziato e discriminante — con uno scarto di ben € 60.000,00 nel trattamento economico riservato ai lavoratori regionali sul solo presupposto formale della qualificazione dell'Ente datore di lavoro, regione e ente regionale del settore sanitario o altro ente regionale partecipato o vigilato dalla regione — in assenza di giustificazione oggettiva e ragionevole, per persone poste in situazioni sostanzialmente equiparabili e al medesimo scopo di perseguire obiettivi di *spending review*.

In definitiva la previsione contenuta nella seconda parte del comma 3 dell'art. 13 della legge regionale 11 giugno 2014, che introduce un trattamento economico maggiormente penalizzante per la specifica posizione dei dipendenti degli enti regionali rispetto a quella più favorevole destinata dalla prima parte della disposizione ai dipendenti della regione, al medesimo scopo di salvaguardare i bilanci e contenere la spesa pubblica, appare ingiustificata e contraria al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione che impone identità di trattamento per le situazioni sostanzialmente omogenee.

Non appare poi manifestamente infondata nemmeno la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 36 della Costituzione, ai principi di proporzionalità della retribuzione e a quello di irriducibilità del trattamento economico a parità di qualità e quantità di lavoro prestato e in ipotesi di mobilità non volontaria.

Nel prevedere l'applicazione del tetto massimo di 100.000,00 anche ai trattamenti già in godimento, la legge autorizza — e nel caso in esame ha imposto al datore di lavoro, come si evince dalle difese delle parti resistenti — la modificazione *in peius* del trattamento retributivo già in godimento al dirigente regionale, senza che ciò sia legato a una riduzione della quantità e soprattutto, trattandosi di dipendente pubblico con qualifica di dirigente, della qualità del servizio richiesto e quindi senza alcuna previsione di proporzionalità in relazione alla prestazione resa. Ritenendo che



l'art. 36 Cost. ha carattere generale e si applica a tutti i lavoratori compresi i dipendenti pubblici e compresi i dirigenti e ritenendo che l'art. 2103, quinto comma, del codice civile, si estende anche ai lavoratori pubblici per tutti gli aspetti non espressamente regolati nell'art. 52 decreto legislativo n. 165/2001, va rilevato che l'imposizione del trattamento retributivo deteriore rispetto a quello in godimento nel caso in esame appare in contraddizione rispetto alla molteplicità di incarichi attribuiti al ricorrente nell'ambito dell'I.R.S.A.P., sommati agli incarichi di Commissario liquidatore del Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione e di Commissario *ad acta* del medesimo consorzio, che, pur considerando il principio di onnicomprensività della retribuzione dei dirigenti pubblici e al principio secondo il quale la retribuzione deve essere proporzionata alla prestazione di lavoro e la riduzione del trattamento economico si può giustificare in relazione alla riduzione della performance richiesta.

È noto a questo Giudice che la finalità di assicurare il controllo della spesa pubblica consente al legislatore di porre limiti al trattamento economico dei dipendenti pubblici e alla contrattazione collettiva, cui è rimessa la disciplina del trattamento economico (in questo contesto vanno considerate le disposizioni dettate dall'art. 48 del decreto legislativo n. 165/2001 in tema, da un lato, di determinazione delle risorse da destinare alla contrattazione collettiva e, dall'altro, di quantificazione della spesa derivante dai contratti). È altresì noto, che il diritto garantito dal primo comma dell'art. 36 Cost. debba essere temperato con l'interesse collettivo al contenimento della spesa pubblica, meritevole di adeguata considerazione in un contesto di progressivo deterioramento dell'equilibrio dei conti pubblici e che proprio in forza di tale temperamento la Corte costituzionale ha recentemente e in diverse occasioni adottato decisioni, nelle quali le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione al principio di proporzionalità della retribuzione dei dipendenti pubblici non sono state ritenute fondate, in virtù dell'esigenza di garantire l'equilibrio tra le entrate e le spese del bilancio dello Stato, che riceve tutela costituzionale agli articoli 81 e 97, primo comma, Cost.: il fine di realizzare un contenimento della spesa pubblica in ragione della situazione economica e finanziaria, giustifica gli interventi legislativi che incidono sulla fisiologica dinamica delle retribuzioni. E tuttavia nel caso in esame l'effetto derivante dall'avere fissato un tetto massimo al trattamento reddituale annuale, senza alcun limite temporale, e senza previsione di assorbimento, non è solo quello di ridurre gli incrementi economici o di bloccare temporaneamente la progressione stipendiale, ma comporta la riduzione del trattamento economico goduto con recupero da parte del datore di lavoro delle somme già corrisposte, con conseguente sbilanciamento dei valori costituzionali coinvolti a favore dell'interesse collettivo al contenimento della spesa pubblica che appare superare il limite della ragionevolezza.

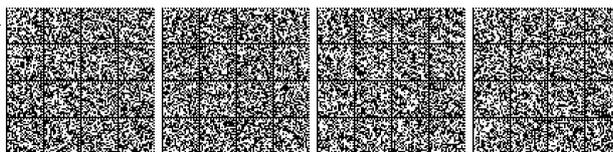
Infine non appare manifestamente infondata la questione di illegittimità prospettata con riferimento all'art. 117 Cost.

Va infatti considerato che il trattamento economico dei dipendenti pubblici contrattualizzati è disciplinato in generale dall'art. 45, decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, il quale dispone al comma 1 che «il trattamento economico fondamentale ed accessorio, fatto salvo quanto previsto dall'art. 40, commi 3-ter e 3-quater e all'art. 47-bis, comma 1, è definito dai contratti collettivi».

Tale disposizione è generalmente considerata come espressiva dell'attribuzione alla contrattazione collettiva di una competenza esclusiva in materia di retribuzione dei dipendenti pubblici vincolante anche per la legislazione regionale, come ritenuto dalle sentenze di codesta eccellentissima Corte proprio con riguardo alla legislazione regionale siciliana (C. cost., 14 giugno 2007, n. 189; Corte costituzionale, 5 luglio 2006, n. 308), sul presupposto che le norme del decreto legislativo n. 165/2001 «costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 della Costituzione. Le Regioni a statuto ordinario si attengono ad esse tenendo conto delle peculiarità dei rispettivi ordinamenti» (art. 1, comma 3, decreto legislativo n. 165/2001).

L'art. 14, legge regionale n. 8/2016, nel fissare il limite massimo al trattamento retributivo dei dipendenti regionali, sottrae alla contrattazione collettiva la materia di sua esclusiva competenza e si pone conseguentemente in contrasto con il principio fondamentale secondo il quale il trattamento economico dei dipendenti pubblici con rapporto di lavoro «privatizzato» deve essere disciplinato dalla contrattazione collettiva.

Tale principio si impone non solo alle regioni a statuto ordinario, ma anche a quelle a statuto speciale, come affermato nelle sentenze di illegittimità costituzionale sopra richiamate proprio con riguardo alla legislazione della Regione Sicilia, essendo i principi fissati dalla legge statale in materia, tipici limiti di diritto privato, fondati sull'esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati e, come tali, si impongono anche alle Regioni a statuto speciale (sentenze n. 234 e n. 106 del 2005; n. 282 del 2004).



P.Q.M.

Visto l'art. 23 della legge n. 87/1953,

dichiara rilevante e non manifestamente infondata, per contrasto con gli articoli 3, 36 comma 1, Cost., la questione di legittimità costituzionale del comma 3, art. 13, legge regionale n. 13 dell'11 giugno 2014, come modificato dall'art. 14, legge regionale 17 maggio 2016, n. 8, nella parte in cui prevede che «Il trattamento economico complessivo dei dipendenti, anche con qualifica dirigenziale, e dei titolari dei contratti di lavoro degli enti sottoposti a controllo e vigilanza della Regione, delle società a totale o maggioritaria partecipazione della Regione, che svolgono l'attività esclusivamente con affidamenti diretti della stessa Regione, nonché degli enti che, a qualunque titolo, ricevono trasferimenti o contributi a carico del bilancio della Regione, non può essere superiore a 100.000,00 € annui lordi».

Ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, a cura della cancelleria, cui manda altresì di notificare la presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e di comunicarla ai presidenti delle due Camere del Parlamento.

Sospende il presente giudizio.

Si comunichi alle parti costituite.

Siracusa, 5 febbraio 2019

Il giudice del lavoro: URSO

19C00259

MARCO NASSI, *redattore*

DELIA CHIARA, *vice redattore*

(WI-GU-2019-GUR-040) Roma, 2019 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.



* 4 5 - 4 1 0 5 0 0 1 9 1 0 0 2 *

€ 7,00

