

GAZZETTA UFFICIALE
DELLA REPUBBLICA ITALIANA



PARTE PRIMA

Roma - Mercoledì, 3 settembre 2008

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 - LIBRERIA DELLO STATO - PIAZZA G. VERDI 10 - 00198 ROMA - CENTRALINO 06-85081

CORTE COSTITUZIONALE

S O M M A R I O

ATTI DI PROMOVIAMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

- N. 38. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 25 luglio 2008 (del Presidente del Consiglio dei ministri).
Salute (Tutela della) - Norme della Provincia di Trento - Uso di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti - Consenso informato - Previsione di consenso scritto dei genitori, predisposizione di apposito modulo ad opera dell'Azienda provinciale per i servizi sanitari, strumenti per favorire l'accesso a terapie alternative, allegazione del consenso scritto a ciascuna prescrizione del farmaco - Lamentata adozione di disciplina in assenza o in difformità di principi e disposizioni emanate dallo Stato, con ostacolo all'esercizio dell'arte medica e trattamento differenziato sul territorio nazionale - Ricorso del Governo - Denunciata esorbitanza dai limiti della competenza legislativa provinciale nelle materie della salute, igiene e sanità, violazione della competenza legislativa statale nella materia concorrente della tutela della salute.
 - Legge della Provincia di Trento 6 maggio 2008, n. 4, art. 4.
 - Costituzione, art. 117, comma terzo; legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, art. 10; Statuto della Regione Trentino-Alto Adige, art. 9, n. 10 Pag. 7
- N. 39. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 29 luglio 2008 (del Presidente del Consiglio dei ministri).
Imposte e tasse - Norme della Regione Piemonte - Determinazione della base imponibile per il calcolo dell'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) - Esclusione dei contributi regionali erogati nell'ambito del piano casa regionale «10.000 alloggi per il 2012» approvato con delib. C.R. 20 dicembre 2006, n. 93-43238 - Ricorso del Governo - Lamentata introduzione di nuova ipotesi di deduzione al di là e al di fuori di quelle tassativamente previste dalla legge statale e in mancanza di norma che facoltizzi il legislatore regionale, ingiustificato privilegio per i cittadini della Regione Piemonte - Denunciata esorbitanza dai limiti della competenza legislativa regionale in tema di sistema tributario, violazione del principio di eguaglianza.
 - Legge della Regione Piemonte 23 maggio 2008, n. 12, art. 2.
 - Costituzione, artt. 3, 117, comma secondo, lett. e), e 119 » 8
- N. 255. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio del 7 maggio 2008.
Sanità pubblica - Prestazioni specialistiche e di diagnostica di laboratorio rese da strutture private accreditate - Obbligo dell'applicazione di uno sconto tariffario rispettivamente del 2 e del 20 per cento sulle tariffe di cui al decreto del Ministro della sanità 22 luglio 1996 - Incidenza sui principi di tutela della salute, di libertà di iniziativa economica privata e di buon andamento della pubblica amministrazione - Violazione della sfera di competenza regionale per la diretta determinazione delle tariffe in luogo della previsione di criteri per la determinazione delle stesse.
 - Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 796, lett. o).
 - Costituzione, artt. 32, 41, 97 e 117 » 10
- N. 256. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio del 5 maggio 2008.
Sanità pubblica - Prestazioni specialistiche e di diagnostica di laboratorio rese da strutture private accreditate - Obbligo dell'applicazione di uno sconto tariffario rispettivamente del 2 e del 20 per cento sulle tariffe di cui al decreto del Ministro della sanità 22 luglio 1996 - Incidenza sui principi di tutela della salute, di libertà di iniziativa economica privata e di buon andamento della pubblica amministrazione - Violazione della sfera di competenza regionale per la diretta determinazione delle tariffe in luogo della previsione di criteri per la determinazione delle stesse.
 - Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 796, lett. o).
 - Costituzione, artt. 32, 41, 97 e 117 » 16

n. 257. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia del 7 maggio 2008.

Telecomunicazioni - Regione Lombardia - Norme per l'insediamento e la gestione di centri di telefonia in sede fissa - Riconduzione della normativa stessa «nel quadro delle competenze della Regione e dei comuni in materia di commercio» (rientranti nella legislazione residuale regionale ex art. 117, comma quarto, Costituzione), anziché alla materia delle comunicazioni (rientrante nella legislazione concorrente, ex art. 117, comma terzo, Costituzione), alla tutela della concorrenza (art. 117, comma secondo, lett. e), Costituzione) e alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma secondo, lett. m), Costituzione) - Violazione dei principi stabiliti dalla legislazione statale in materia - Violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza, dei principi di uguaglianza, di libertà di comunicazione e di libertà di iniziativa economica privata.

- Legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, art. 1.
- Costituzione, artt. 3, 15, 41 e 117.

Telecomunicazioni - Regione Lombardia - Norme per l'insediamento e la gestione dei centri di telefonia in sede fissa - Introduzione di un sistema generalizzato di autorizzazione comunale per l'esercizio dell'attività - Violazione dei principi stabiliti dalla legislazione statale in materia - Violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza, dei principi di uguaglianza, di libertà di comunicazione, di libertà di iniziativa economica privata.

- Legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, art. 4.
- Costituzione, artt. 3, 15, 41 e 117.

Telecomunicazioni - Regione Lombardia - Norme per l'insediamento e la gestione di centri di telefonia in sede fissa - Requisiti e prescrizioni igienico-sanitari - Applicabilità retroattiva - Incidenza sui principi di affidamento, di libertà d'iniziativa economica privata, di libertà di comunicazione e di libertà di iniziativa economica privata - Violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza.

- Legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, art. 8, comma 1, lett. e), f), h) e i), e 2.
- Costituzione, artt. 3, 15, 41 e 117.

Telecomunicazioni - Regione Lombardia - Norme per l'insediamento e la gestione di centri di telefonia in sede fissa - Inosservanza, da parte del titolare dell'autorizzazione del centro di telefonia fisso, degli obblighi, prescrizioni e autorizzazioni in materia di edilizia, urbanistica ed igienico-sanitaria, nonché delle disposizioni sulla destinazione d'uso dei locali e degli edifici, prevenzione incendi e sicurezza, preventivamente all'avvio dell'attività, o entro un anno dall'entrata in vigore della legge censurata - Prevista revoca dell'autorizzazione e sospensione dell'attività - Incidenza sui principi di affidamento, di libertà di comunicazione e di libertà di iniziativa economica privata - Violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza.

- Legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, art. 9, commi 1, lett. c), e 2.
- Costituzione, artt. 3, 15, 41 e 117.

Telecomunicazioni - Regione Lombardia - Norme per l'insediamento e la gestione di centri di telefonia in sede fissa - Requisiti e prescrizioni igienico-sanitari - Obbligo per i titolari dei centri di telefonia già attivi alla data di entrata in vigore della legge censurata di porsi in regola con le vigenti norme e con le prescrizioni e autorizzazioni in materia di edilizia, urbanistica ed igienico-sanitaria, previsti dalla legge medesima entro un anno da detta data - Incidenza sui principi di affidamento, di libertà di comunicazione e di libertà di iniziativa economica privata - Violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza.

- Legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, art. 12.
- Costituzione, artt. 3, 15, 41 e 117.....

N. 258. Ordinanza del Tribunale di Napoli del 16 maggio 2008.

Fallimento e procedure concorsuali - Ricorso per la dichiarazione di fallimento di società già in stato di liquidazione - Mancata costituzione in giudizio della detta società - Esone dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo per gli imprenditori commerciali che dimostrino il possesso congiunto dei requisiti dimensionali di cui all'art. 1, comma secondo, della legge fallimentare - Previsione introdotta dall'art. 1 del decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169 - Attribuzione al debitore dell'onere di provare la propria non assoggettabilità al fallimento - Ritenuta possibilità di pronunciare il fallimento dell'imprenditore commerciale insolvente esclusivamente per il mancato assolvimento del suddetto onere probatorio - Irragionevolezza - Omessa individuazione di un criterio sicuro e idoneo a discriminare tra soggetti fallibili e non fallibili, nonché ad evitare procedure fallimentari inutili o dannose per la tutela dei creditori e per l'erario - Eccesso di delega - Violazione del criterio direttivo concernente l'estensione dei soggetti esonerati dall'applicabilità del fallimento - Riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 570 del 1989.

- Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, art. 1, comma secondo, come modificato dall'art. 1 del decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169.
- Costituzione, artt. 3 e 76, in relazione all'art. 1, comma 6, lett. a), n. 1 della legge delega 14 maggio 2005, n. 80.

Pag. 29

N. 259. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia del 24 aprile 2008.

Ambiente (tutela dell') - Regione Puglia - Smaltimento di rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi provenienti dal territorio extraregionale - Limitazione alle sole ipotesi in cui gli impianti di smaltimento siti nella Regione Puglia siano quelli appropriati più vicini al luogo di produzione dei rifiuti stessi - Lesione del principio di libertà d'iniziativa economica privata - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia (in particolare d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, trasfuso nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) - Violazione del principio della libera circolazione delle cose tra le Regioni.

- Legge della Regione Puglia 31 ottobre 2007, n. 29, art. 3, comma 1.
- Costituzione, artt. 41, primo comma, 117, comma secondo, lett. s), e 120, primo comma.

» 35

N. 260. Ordinanza del G.u.p. del Tribunale di Ferrara del 15 febbraio 2008.

Processo penale - Competenza per territorio - Disciplina per i procedimenti riguardanti i magistrati - Applicabilità nel caso in cui la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato, di persona offesa o danneggiata dal reato, sia assunta da un prosimo congiunto di un magistrato che esercita le proprie funzioni o le esercitava al momento del fatto in un ufficio giudiziario compreso nel distretto di Corte di appello che sarebbe competente secondo le regole ordinarie - Mancata previsione - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge e del principio di terzietà ed imparzialità del giudice.

- Codice di procedura penale, art. 11.
- Costituzione, artt. 3, 24, comma secondo, 25, primo comma, e 111, comma secondo

» 41

N. 261. Ordinanza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento del 3 giugno 2008.

Avvocato e procuratore - Esami di abilitazione all'esercizio della professione - Obbligo di motivazione del voto verbalizzato in termini alfanumerici - Esclusione in base al «diritto vivente» - Incidenza sul diritto di azione e di difesa in giudizio - Violazione del principio di tutela giurisdizionale - Lesione dei principi del giusto processo - Violazione degli obblighi internazionali relativi al giusto processo statuiti dalla CEDU.

- Regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578, art. 22, comma 9, convertito nella legge 22 novembre 1934, n. 36; regio decreto 22 gennaio 1934, n. 37, artt. 17-bis, 22, 23, e 24, comma 1.
- Costituzione, artt. 24, commi primo e secondo, 111, commi primo e secondo, 113, primo comma, e 117, primo comma

» 48

- N. 262. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio del 31 marzo 2008.
Sanità pubblica - Prestazioni specialistiche e di diagnostica di laboratorio rese da strutture private accreditate - Obbligo dell'applicazione di uno sconto tariffario rispettivamente del 2 e del 20 per cento sulle tariffe di cui al decreto del Ministro della sanità 22 luglio 1996 - Incidenza sui principi di tutela della salute, di libertà di iniziativa economica privata e di buon andamento della pubblica amministrazione - Violazione della sfera di competenza regionale per la diretta determinazione delle tariffe in luogo della previsione di criteri per la determinazione delle stesse.
- Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 796, lett. o).
 - Costituzione, artt. 24, 32, 41, 97, 113 e 117..... Pag. 52
- N. 263. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio del 5 maggio 2008.
Sanità pubblica - Prestazioni specialistiche e di diagnostica di laboratorio rese da strutture private accreditate - Obbligo dell'applicazione di uno sconto tariffario rispettivamente del 2 e del 20 per cento sulle tariffe di cui al decreto del Ministro della sanità 22 luglio 1996 - Incidenza sui principi di tutela della salute, di libertà di iniziativa economica privata e di buon andamento della pubblica amministrazione - Violazione della sfera di competenza regionale per la diretta determinazione delle tariffe in luogo della previsione di criteri per la determinazione delle stesse.
- Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 796, lett. o).
 - Costituzione, artt. 24, 32, 41, 97, 113 e 117..... » 59
- N. 264. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio del 26 novembre 2007.
Sanità pubblica - Componenti del collegio sindacale delle ASL e delle aziende ospedaliere - Disciplina del procedimento di nomina e relative guarentigie - Mancata previsione - Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.
- Decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, art. 3-ter, comma 2, aggiunto dall'art. 3, comma 3 del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229.
 - Costituzione art. 97..... » 65

RETTIFICHE

Comunicato di rettifica relativo al titolo dell'ordinanza n. 180 R.O. 2008.

Pag. 71

ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 38

Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 25 luglio 2008
(del Presidente del Consiglio dei ministri)

Salute (Tutela della) - Norme della Provincia di Trento - Uso di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti - Consenso informato - Previsione di consenso scritto dei genitori, predisposizione di apposito modulo ad opera dell'Azienda provinciale per i servizi sanitari, strumenti per favorire l'accesso a terapie alternative, allegazione del consenso scritto a ciascuna prescrizione del farmaco - Lamentata adozione di disciplina in assenza o in difformità di principi e disposizioni emanate dallo Stato, con ostacolo all'esercizio dell'arte medica e trattamento differenziato sul territorio nazionale - Ricorso del Governo - Denunciata esorbitanza dai limiti della competenza legislativa provinciale nelle materie della salute, igiene e sanità, violazione della competenza legislativa statale nella materia concorrente della tutela della salute.

- Legge della Provincia di Trento 6 maggio 2008, n. 4, art. 4.
- Costituzione, art. 117, comma terzo; legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, art. 10; Statuto della Regione Trentino-Alto Adige, art. 9, n. 10.

Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato.

Contro la Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente *pro tempore* per la declaratoria della illegittimità costituzionale *in parte qua* della legge della Provincia autonoma di Trento 6 maggio 2008, n. 4, pubblicata nel B.U.R. n. 21 del 20 maggio 2008, recante il titolo «Disposizioni in materia di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti».

La presentazione del presente ricorso è stata deliberata dal Consiglio dei ministri nella riunione del 4 luglio 2008 (si depositeranno estratto conforme del verbale e relazione del Ministro proponente).

Infatti la legge in esame presenta evidenti profili di illegittimità costituzionale relativamente alle disposizioni contenute nell'articolo 4.

L'articolo 4, intitolato «Consenso informato», subordina il trattamento con sostanze psicotrope su bambini e adolescenti al consenso «scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto» dei genitori, fermo l'obbligo del medico di informare il minore e di tenere conto della sua volontà assumendone l'assenso (comma 1); demanda all'Azienda provinciale per i servizi sanitari la predisposizione di un modulo per il rilascio del consenso informato (comma 2); fa carico alla provincia di individuare strumenti per favorire l'accesso a terapie alternative alle sostanze psicotrope (comma 3); dispone che il consenso in forma scritta vada allegato a ciascuna prescrizione del farmaco contenente sostanze psicotrope (comma 4).

Così disponendo, il Legislatore della Provincia autonoma di Trento ha ecceduto dalla propria competenza legislativa nelle materie della salute e dell'igiene e sanità; competenza fissata dall'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, alla luce della clausola di equiparazione di cui all'articolo 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, e dall'articolo 9, n. 10, dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670).

In effetti, il Legislatore della Provincia autonoma ha dettato disposizioni legislative in materia di consenso informato per trattamenti terapeutici con sostanze psicotrope, in assenza o in difformità di principi e disposizioni emanate dallo Stato.

Il consenso informato per trattamenti terapeutici è previsto dalla vigente legislazione statale solo in casi specifici, quali la sperimentazione clinica di medicinali in fase di autorizzazione all'immissione in commercio ovvero l'impiego di medicinali non registrati in Italia.

Non è previsto per il trattamento terapeutico né per la prescrizione di farmaci contenenti sostanze psicotrope. Per le quali vigono disposizioni normative che ne garantiscono la somministrazione nell'ambito di protocolli terapeutici ovvero con peculiari e protette modalità di prescrizione e dispensazione.

In modo eccedente, il Legislatore della Provincia autonoma ha non solo invaso il merito delle scelte del medico (sostituendovi o affiancandovi il consenso informato dei genitori o del tutore, chiamati anche a scegliere tra il trattamento con sostanze psicotrope e le eventuali terapie alternative - *cfr.*, comma 2 dell'articolo 4), ma ha ostacolato la prescrizione a bambini e adolescenti di tutti gli psicofarmaci (si veda l'obbligo di cui al comma 4) proprio con il sottoporre la scelta medica di un professionista abilitato alla valutazione e alla decisione di soggetti privi delle necessarie conoscenze mediche e liberi, senza alcuna motivazione e senza controllo, di negare il consenso, così impedendo quel trattamento terapeutico ritenuto indispensabile dal medico.

Anche perché solo queste valutazioni consentono una legislazione generale e generalizzata su tutto il territorio nazionale, evitando trattamenti differenziati tra regione e regione.

Codesta ecc.ma Corte ha già avuto modo di chiarire che l'arte medica è libera e non è comprimibile, nel suo esercizio professionale, se non a seguito di scelte normative supportate da valutazioni tecniche e scientifiche degli organismi, anche sovranazionali, a ciò deputati. Anche perché solo queste valutazioni consentono una legislazione generale e generalizzata su tutto il territorio nazionale, evitando trattamenti differenziati tra regione e regione.

E ciò vale anche per la disciplina del consenso informato, espressione di principio fondamentale — in materia di tutela della salute — di legislativa spettanza dello Stato.

P. Q. M.

Si chiede che sia dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 della legge della Provincia autonoma di Trento 6 maggio 2008, n. 4.

Roma, addì 16 luglio 2008

L'avvocato dello Stato: Carlo SICA

08C0665

N. 39

*Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 29 luglio 2008
(della Presidenza del Consiglio dei ministri)*

Imposte e tasse - Norme della Regione Piemonte - Determinazione della base imponibile per il calcolo dell'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) - Esclusione dei contributi regionali erogati nell'ambito del piano casa regionale «10.000 alloggi per il 2012» approvato con delib. C.R. 20 dicembre 2006, n. 93-43238 - Ricorso del Governo - Lamentata introduzione di nuova ipotesi di deduzione al di là e al di fuori di quelle tassativamente previste dalla legge statale e in mancanza di norma che facoltizzi il legislatore regionale, ingiustificato privilegio per i cittadini della Regione Piemonte - Denunciata esorbitanza dai limiti della competenza legislativa regionale in tema di sistema tributario, violazione del principio di eguaglianza.

- Legge della Regione Piemonte 23 maggio 2008, n. 12, art. 2.
- Costituzione, art. 3, 117, comma secondo, lett. e), e 119.

Ricorso della Presidenza del Consiglio dei ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei ministri in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato e presso la stessa domiciliata in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12, ricorrente;

Contro la Regione Piemonte, in persona del presidente della giunta regionale in carica, intimata;

Per la declaratoria dell'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Piemonte del 23 maggio 2008, n. 12, recante «Legge finanziaria per l'anno 2008, pubblicata sul B.U.R. n. 21 del 23 maggio 2008», per violazione degli artt. 3; 117, secondo comma, lett. e), e 119, secondo comma, Cost., in virtù della deliberazione adottata dal Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 31, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, nella riunione del 4 luglio 2008.

F A T T O

La Regione Piemonte ha emanato la l.r. del 23 maggio 2008, n. 12, recante «Legge finanziaria per l'anno 2008», pubblicata in pari data sul B.U.R. n. 21. L'art. 2 di tale legge, rubricato «Base imponibile per il calcolo dell'IRAP», dispone che «ai fini della determinazione della base imponibile per il calcolo dell'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP), sono esclusi i contributi regionali erogati nell'ambito del piano casa regionale «10.000 alloggi per il 2012» approvato con deliberazione del Consiglio regionale n. 93-43238 del 20 dicembre 2006».

In conformità con la deliberazione adottata dal Consiglio dei ministri nella riunione del 4 luglio 2008, con il presente ricorso il Presidente del Consiglio dei ministri promuove questione di legittimità costituzionale della predetta disposizione, in quanto eccede le competenze della regione e si pone in contrasto con gli artt. 3, 117, secondo comma, lett. e) e 119, secondo comma, Cost., per le seguenti ragioni di

D I R I T T O

La norma censurata dispone l'esclusione dei contributi regionali erogati nell'ambito del piano casa regionale «10.000 alloggi per il 2012» dalla base imponibile per la determinazione dell'imposta regionale sulle attività produttive (I.R.A.P.), istituita e disciplinata dal d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modifiche ed integrazioni. In tal modo, la norma regionale modifica la disciplina sostanziale del tributo, perché introduce una nuova ipotesi di deduzione, al di là ed al di fuori di quelle tassativamente previste dagli artt. 11, 11-bis e 12 della legge statale istitutiva ed in mancanza di qualunque disposizione che preveda una qualsiasi facoltà di intervento del legislatore regionale per una diversa determinazione della base imponibile.

In tal modo, sono manifestamente violati i limiti della competenza legislativa regionale.

Come ripetutamente affermato da codesta ecc.ma Corte costituzionale in precedenti occasioni, devono considerarsi «tributi propri» delle regioni i soli tributi autonomamente da esse istituiti con leggi proprie, e non pure quelli che — pur essendo devoluti a loro favore — siano istituiti e disciplinati con legge dello Stato (in tal senso, in via generale, Corte cost., 26 gennaio 2004, n. 37; Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 29).

In base a tale presupposto ed alla stregua dei criteri di coordinamento stabiliti dall'art. 119, secondo comma, Cost., deve ritenersi preclusa in via generale alle regioni la possibilità di incidere sulla disciplina sostanziale di queste ultime imposte, fatte salve le sole determinazioni che la legge statale espressamente attribuisca a quella regionale. In mancanza di deroghe espresse, dunque, la disciplina dei tributi statali rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. (*cf.*, *ex pluribus*, Corte cost., 21 dicembre 2007, n. 451; Corte cost., 14 dicembre 2006, nn. 412 e 413; Corte cost., 23 dicembre 2005, n. 455).

Questi principi sono stati ripetutamente affermati, in analoghe controversie, con specifico riferimento all'I.R.A.P. Codesta ecc.ma Corte ha infatti più volte statuito che «l'istituzione dell'I.R.A.P. con legge statale e l'attribuzione alle regioni a statuto ordinario, destinatarie del tributo, di competenze di carattere solo attuativo, rendono palese che l'imposta non può considerarsi un "tributo proprio della regione", nel senso in cui oggi tale espressione è adoperata dall'art. 119, secondo comma, Cost., dovendosi intendere il riferimento della norma ai soli tributi istituiti dalla regione con legge propria» (Corte cost., 14 dicembre 2004, n. 381); con la conseguenza che devono ritenersi incostituzionali, perché invasive della competenza esclusiva dello Stato in materia, le norme di leggi regionali che contengano disposizioni di carattere sostanziale inerenti a tale imposta (*cf.* Corte cost., n. 155 del 2006, Corte cost., n. 431 e n. 241 del 2004; Corte cost., nn. 296 e 297 del 2003).

La norma censurata finisce anche per violare il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, perché — derogando ai criteri generali di determinazione della base imponibile, individuato dall'art. 5 della legge statale in misura pari al valore della produzione netta derivante dall'attività esercitata nel territorio della regione, con le sole deduzioni espressamente previste dagli artt. 11, 11-bis e 12 del citato d.lgs. n. 446 del 1997 — introduce un ingiustificato privilegio a favore dei cittadini della Regione Piemonte che fruiscono del contributo erogato nell'ambito del piano casa regionale.

P. Q. M.

Confida nell'accoglimento delle seguenti conclusioni:

«Voglia l'ecc.ma Corte, in accoglimento del presente ricorso, dichiarare l'incostituzionalità dell'impugnato art. 2 della l.r. Piemonte del 23 maggio 2008, n. 12, recante "legge finanziaria per l'anno 2008", per contrasto con gli artt. 3, 117, secondo comma, lett. e) e 119, secondo comma, Cost.».

Unitamente al presente ricorso, saranno depositati:

a) *copia della l.r. Piemonte del 23 maggio 2008, n. 12, pubblicata sul B.U.R. n. 21 del 23 maggio 2008, recante: «Legge finanziaria per l'anno 2008»;*

b) *estratto della delibera di impugnazione adottata dal Consiglio dei ministri nella riunione del 4 luglio 2008.*

Roma, addì 19 luglio 2008

L'Avvocato dello Stato: Alessandro DE STEFANO

08C0692

N. 255

Ordinanza del 7 maggio 2008 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sul ricorso proposto da Laboratorio analisi cliniche e radioimmunologiche Altomari S.r.l. contro Azienda U.S.L. Crotone 5 ed altri

Sanità pubblica - Prestazioni specialistiche e di diagnostica di laboratorio rese da strutture private accreditate - Obbligo dell'applicazione di uno sconto tariffario rispettivamente del 2 e del 20 per cento sulle tariffe di cui al decreto del Ministro della sanità 22 luglio 1996 - Incidenza sui principi di tutela della salute, di libertà di iniziativa economica privata e di buon andamento della pubblica amministrazione - Violazione della sfera di competenza regionale per la diretta determinazione delle tariffe in luogo della previsione di criteri per la determinazione delle stesse.

- Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 796, lett. o).
- Costituzione, artt. 32, 41, 97 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente sentenza sul ricorso n. 3702 del 2007 proposto dal Laboratorio analisi cliniche e radioimmunologiche Altomari S.r.l., rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Cristina Lenoci ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Roma, via Cola di Rienzo n. 271;

Contro l'Azienda Unità Sanitaria Locale Crotone 5 e la Regione Calabria, non costituite in giudizio; il Ministero della salute ed il Ministero dell'economia e delle finanze ciascuno in persona del rappresentante legale in carica e rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, in Roma, via dei Portoghesi, 12; e nei confronti del Laboratorio analisi cliniche Lab S.r.l., non costituito; per l'annullamento della nota del direttore generale dell'AUSL di Crotone n. 000794 del 21 marzo 2007 e della deliberazione della Giunta regionale della Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 e per quanto di interesse, del decreto del Ministro della salute adottato di concerto con il Ministro dell'economia avente ad oggetto «Ricognizione e primo aggiornamento delle tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni sanitarie» e, ove occorra, della delibera della g.r. della Calabria n. 93 del 13 febbraio 2007; la circolare a firma del dirigente del settore Dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie del 29 dicembre 2006 prot. 28593 e la deliberazione della medesima autorità del 6 maggio 2006 recante l'approvazione dello schema tipo di accordo/contratto anno 2006 - Assistenza sanitaria; e per il risarcimento del danno subito e subendo dalla ricorrente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti della causa;

Nominato relatore all'udienza pubblica del 17 ottobre 2007 il consigliere dott.ssa Linda Sandulli e sentiti gli avvocati come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

F A T T O

La società ricorrente, struttura accreditata con il S.S.N. che eroga prestazioni di specialistica ambulatoriale di diagnostica di laboratorio impugna, chiedendone l'annullamento, i provvedimenti regionali e dell'azienda sanitaria intimata con i quali sono state determinate le tariffe delle prestazioni di specialistica ambulatoriale mediante il richiamo all'art. 3, comma 1 del d.m. 12 settembre 2006 ed è stato ridotto del 5% rispetto all'anno 2006 il volume delle prestazioni e il relativo budget ed è stato imposto l'obbligo di praticare uno sconto del 20% sugli importi indicati nel d.m. della salute del 1996 per le medesime prestazioni di diagnostica di laboratorio.

Si duole, inoltre, della determinazione che stabilisce che nel caso in cui le prestazioni di assistenza ospedaliera, di assistenza specialistica ambulatoriale e residenziale e semiresidenziale dovessero superare i limiti massimi di spesa rispettivamente stabiliti per ciascuna azienda sanitaria non sorgerebbe alcun diritto alla remunerazione ai sensi della sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2006.

Deduca i seguenti motivi:

1) illegittimità del decreto ministeriale (Salute di concerto con economia e finanze) del 12 settembre 2006 nella misura in cui costituisce fonte dei provvedimenti regionali e dell'azienda sanitaria. Illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lettera o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e conseguentemente dei provvedimenti regionali e dell'azienda sanitaria applicativi.

2) In particolare per quello che riguarda il d.m. indicato al punto precedente: violazione di legge, del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della p.a. di cui all'art. 97 della Costituzione. Violazione dell'art. 41 della Costituzione. Violazione ed elusione del principio del «giudicato». Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, commi 170 e 171, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 8-sexies, comma 5, del d.lgs. 30 dicembre 1992, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299. Violazione del «Patto per la salute» del 28 settembre 2007. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; incongrua motivazione; contraddittorietà; disparità di trattamento; illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

3) Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità che portano alla realizzazione del giusto procedimento ex art. 97 della Costituzione. Violazione degli articoli 3, 24, 32, 41, 72, 81, 113, 117, 118 e 121 della Costituzione. Illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lettera o) della legge n. 296 del 27 dicembre 2006.

4) Illegittimità derivata della nota del d.g. ASL Crotona 5 del 21 marzo 2007, della deliberazione della g.r. Calabria dell'8 marzo 2007, n. 169, e della circolare del dirigente del Dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie della Regione Calabria prot. 28593 del 29 dicembre 2006.

5) Illegittimità autonoma della nota del d.g. ASL Crotona 5 del 21 marzo 2007, della deliberazione della g.r. Calabria 8 marzo 2007, n. 169, e della circolare del dirigente del Dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie della Regione Calabria prot. 28593 del 29 dicembre 2006.

6) Violazione di legge, del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della p.a. di cui all'art. 97 della Costituzione. Violazione dell'art. 41 della Costituzione. Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata applicazione degli articoli 8-quinquies e sexies del d.lgs. 30 dicembre 1992, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299. Violazione degli articoli 21, *quinquies*, 21-octies e *nonies* della legge n. 241 del 1990, eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; incongrua motivazione; contraddittorietà; disparità di trattamento; illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

7) Violazione di legge, del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della p.a. di cui all'art. 97 della Costituzione. Violazione dell'art. 41 della Costituzione. Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata applicazione degli articoli 8-quinquies e sexies del d.lgs. 30 dicembre 1992, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299. Violazione ed errata applicazione dell'art. 1 della l.r. n. 30 del 2003 e dell'art. 2 della l.r. n. 2/2005. Violazione e mancata e/o errata applicazione dell'art. 3 della

legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; incongrua motivazione; contraddittorietà; disparità di trattamento; illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

Viene, inoltre, dedotta, l'illegittimità derivata della delibera della giunta regionale gravata, sotto diverso profilo, in quanto volta a dare continuità agli indirizzi economico funzionali contenuti nella delibera della G.R.C. n. 334 del 2006 impugnata avanti al T.a.r. Catanzaro con ricorso n. 961 del 2006 di cui si ripropongono i motivi.

Si sono costituite le amministrazioni statali intimiate.

Con memoria i ricorrenti hanno ribadito tesi e ragioni.

All'udienza del 17 ottobre 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

D I R I T T O

Preliminarmente, va dichiarata l'inammissibilità dell'impugnativa nella parte in cui viene denunciata l'illegittimità della delibera n. 169 dell'8 marzo 2007 della Giunta regionale della Regione Calabria, derivata da una precedente delibera della medesima giunta regionale parimenti ritenuta illegittima e gravata con distinto ricorso avanti al T.a.r. della Calabria, sezione di Catanzaro.

La delibera della Giunta regionale della Regione Calabria di cui si deduce l'illegittimità originaria risulta gravata con ricorso pendente avanti a quel tribunale amministrativo e la riproposizione degli stessi motivi di ricorso non può essere ritenuta come nuovo ricorso in quanto, anche a prescindere dalle forme e dalla ritualità di questi ultimi, il laboratorio ricorrente incorrerebbe nel divieto del *ne bis in idem*.

Ne consegue che la delibera della Giunta regionale della Regione Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 verrà valutata dal Collegio in relazione a tutta la parte restante del ricorso compresa la dedotta illegittimità derivata di essa per vizio del d.m. salute del settembre 2006.

Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati il decreto del Ministero della sanità con il quale sono state fissate le tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni sanitarie di specialistica ambulatoriale, i provvedimenti regionali e aziendali successivi ed è stata eccepita l'incostituzionalità della legge n. 296 del 2006, art. 1, comma 796.

Con riferimento al decreto ministeriale su indicato rileva il Collegio che in primo luogo, non sia dubitabile la lesività dell'atto impugnato, anche se in esso si prevede che le regioni possono fissare tariffe più elevate di quelle previste a carico del Servizio sanitario nazionale.

A prescindere infatti dalla circostanza di fatto che non risulta che la Regione si sia avvalsa di tale facoltà, ma che al contrario si sia adeguata ad esse, deve, in ogni caso, essere considerato che eventuali aumenti di tariffe avrebbero comportato la necessità di finanziare col proprio bilancio tali aumenti sicché appare evidente che i parametri tariffari stabiliti dall'amministrazione statale costituiscono un punto fermo ed un orientamento preciso per le regioni, mentre tariffe massime più elevate, possibili sul piano teorico, costituiscono nella fattispecie una mera eventualità.

Inoltre, le tariffe fissate dal Ministero della salute costituiscono un chiaro condizionamento del comportamento regionale il quale, a tariffe più elevate ha minore necessità di adottare provvedimenti con onere a suo carico.

Il ricorso nel merito, relativamente alla parte in esame, è fondato e deve essere accolto.

I ricorrenti contestano in primo luogo la determinazione contenuta al primo comma lett. a) dell'art. 3 di detto decreto che testualmente recita: «le tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale a carico del Servizio sanitario nazionale sono quelle individuate dal decreto del Ministro della sanità del 22 luglio 1996 "Prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale erogabili nell'ambito del servizio sanitario nazionale e relative tariffe"».

La censura di difetto d'istruttoria e di motivazione e di violazione dell'art. 8-*sexies*, comma 5 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, introdotto dall'art. 8, comma 4 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, e dell'art. 1, comma 170, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, appare fondata.

In primo luogo il decreto qui impugnato richiama e rende ora applicabili le tariffe determinate con un decreto ministeriale che risulta annullato in sede giurisdizionale dal Consiglio di Stato, con sentenza della sez. IV, 29 marzo 2001, n. 1839, e ciò a prescindere dalla questione, peraltro poco comprensibile, posta dalla difesa dell'amministrazione sulla possibilità di far rivivere solo le tariffe e non il decreto in quanto caducato. Più precisamente, il Collegio rileva che il principale difetto istruttorio deriva dal fatto che l'atto impugnato non dà minimamente conto di tale questione.

Sembra, a tale riguardo, che la vicenda appena descritta sia stata ignorata dall'amministrazione che ha provveduto senza avere conoscenza dell'annullamento giurisdizionale, ovvero perché riteneva comunque possibile, nonostante l'annullamento, far rivivere dette tariffe. Resta, pertanto, evidente il difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento sotto tale profilo.

Peraltro tale circostanza ha condotto l'amministrazione ad incorrere negli stessi vizi rilevati dal Consiglio di Stato, che, in buona sostanza aveva evidenziato un difetto di istruttoria nella determinazione delle tariffe per mancata applicazione dei precisi criteri dettati dallo stesso Ministero col d.m. 15 aprile 1994, all'art. 3 ove si dice espressamente che le tariffe devono essere fissate sulla base del costo standard di produzione e dei costi generali, in quota percentuale rispetto ai costi standard di produzione e si dettano al comma 2 criteri assai dettagliati per calcolare le componenti del costo standard.

Premesso che già il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabili al decreto ministeriale di fissazione delle tariffe allora impugnato i criteri contenuti nel d.m. del 1994, deve osservarsi che il dubbio non è proponibile nella presente fattispecie, in quanto nelle premesse del decreto qui impugnato si richiama espressamente il d.m. sanità 14 aprile 1994, con ciò dandosi conto del fatto che la stessa amministrazione resistente ritiene tale atto ancora in vigore ed applicabile al caso in esame.

Peraltro la necessità (logica) di fissare le tariffe massime tenendo conto dei costi di produzione standard e delle quote standard dei costi generali, risulta ora recepito in norma di legge chiara, quale l'art. 8-sexies, comma 5, del d.lgs. n. 502/1992, introdotto dall'art. 8, comma 4 del d.lgs. n. 229/1999.

Sinteticamente il principio si trova anche nell'art. 1, comma 170 della legge finanziaria 30 dicembre 2004, n. 311.

Ora, che l'amministrazione non abbia seguito i suddetti criteri e non abbia quindi effettuato una analitica istruttoria sui costi di produzione, prima di determinare le tariffe massime da remunerare tramite Servizio sanitario nazionale, lo dimostra sia la circostanza che non è stato prodotto in giudizio nessun atto istruttorio di tal genere, sia, soprattutto il fatto che il provvedimento richiama puramente e semplicemente un atto di dieci anni prima, la cui istruttoria, ammesso che potesse considerarsi allora adeguata (a prescindere dalla circostanza che detto atto è stato annullato dal giudice amministrativo proprio per difetto istruttorio), avrebbe sicuramente avuto necessità di un aggiornamento di verifica per valutare la congruità dei costi di dieci anni prima (basterebbe al riguardo richiamare il «fatto notorio» del cambiamento valutario che ha comportato un significativo aumento generalizzato dei costi).

Con altra sentenza di questa sezione (n. 522 del 24 gennaio 2008) è stato poi rilevato, in relazione alla circostanza fatta valere dai ricorrenti in quel ricorso, che il provvedimento impugnato non reca alcuna motivazione per superare il parere contrario della Conferenza Stato-regioni.

Ed è stato affermato che, se: «È pur vero che l'originaria previsione contenuta nel citato art. 8-sexies, comma 5 dell'obbligo di intesa del Ministro della sanità con la Conferenza è stata poi modificata in mero parere obbligatorio dall'art. 1, comma 170 della finanziaria per il 2005, tuttavia appare evidente la necessità comunque di motivare, seppure sinteticamente, sulle ragioni che hanno condotto l'amministrazione agente a disattendere il parere di un così importante organo (col quale in precedenza era necessaria l'intesa), anche se i profili attenevano, almeno secondo quanto affermato nell'atto dall'amministrazione, alla opportunità».

Nei termini sopra indicati il d.m. salute 12 settembre 2006 deve, pertanto, essere annullato *in parte qua*.

Ciò comporta l'annullamento, per illegittimità derivata dei successivi atti aziendali e regionali.

In particolare, la deliberazione della giunta regionale dell'8 marzo 2007, n. 169, e la precedente circolare 28593 del 29 dicembre 2006 sui primi indirizzi, premessa la necessità di adeguare le proprie tariffe a quanto stabilito col d.m. salute 12 settembre 2006 approva il sistema di finanziamento e di remunerazione delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale erogate da soggetti erogatori pubblici, equiparati e privati accreditati, così come descritto nell'allegato 3 ove si stabilisce che per il triennio 2007-2009 «il tariffario applicato alle prestazioni di specialistica ambulatoriale è quello previsto dal d.m. 12 settembre 2006 che, per le prestazioni di diagnostica di laboratorio verrà applicato a decorrere dal 1° giugno 2007»; «il sistema di finanziamento delle prestazioni viene determinato applicando lo sconto del 20% sulle prestazioni di laboratorio di analisi e del 2% sulle restanti branche», ciò in base a quanto disposto con la finanziaria per il 2007 all'art. 1, comma 796, lett. o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

Orbene, considerato che le tariffe regionali recepiscono e fanno esplicito riferimento al d.m. salute 12 settembre 2006, deve ritenersi fondato il primo profilo di gravame relativo alla illegittimità derivata; considerato che, come rilevato in precedenza, il suddetto decreto ministeriale è ritenuto illegittimo per i profili sopra evidenziati al punto 1 e che tale illegittimità si riverbera sugli atti regionali che di esso fanno diretta applicazione, non venendo minimamente qui in rilievo il d.m. 22 luglio 1996.

2. — La delibera regionale sopra riferita reca anche la disposizione, secondo quanto prima detto, del seguente tenore: «il sistema di finanziamento delle prestazioni viene determinato applicando lo sconto del 20% sulle prestazioni di laboratorio di analisi e del 2% sulle restanti branche».

Trattasi all'evidenza dell'applicazione diretta della norma contenuta nell'art. 1, comma 796, lett. o) della legge finanziaria 27 dicembre 2006, n. 296.

La contestazione di tale disposizione regionale non può quindi che passare attraverso una eventuale questione di costituzionalità della suddetta disposizione di legge, ove ritenuta non manifestamente infondata; per tale motivo essa appare rilevante ai fini del decidere.

Ed infatti al riguardo il Collegio, richiamata l'ordinanza del T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 19 ottobre 2007, n. 3631, che ha già rimesso alla Corte costituzionale detta questione, ritiene che la succitata norma di legge presenti profili di violazione di norme costituzionali. Per ciò che attiene quindi alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, il Collegio ritiene che le norme censurate siano confliggenti con gli articoli 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 della Costituzione, per le seguenti ragioni.

2.1.1. — In primo luogo la norma rende applicabile un decreto ministeriale, quello del 22 luglio 1996 che era stato annullato con la sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato, n. 1839 del 29 marzo 2001 ormai coperta da giudicato.

Appare evidente la sovrapposizione della legge ad un giudicato formatosi già da tempo, con palese violazione degli articoli 24 e 113 della Costituzione.

È noto infatti il principio più volte affermato dalla Corte costituzionale (*cf.* da ultimo ad es. sentenza 15 luglio 2005, n. 282.) secondo il quale l'emanazione di leggi incontra una serie di limiti che attengono alla salvaguardia di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari delle norme e dello stesso ordinamento, tra i quali il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di uguaglianza, l'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato nello Stato di diritto ed il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario, essendo comunque precluso al legislatore di intervenire con norme aventi portata tale da annullare gli effetti di un giudicato.

2.1.2. — Nel caso di specie, la tariffa viene fissata con legge e la relativa norma si limita ad imporre uno sconto (oltretutto del 20%) sulle tariffe vigenti, senza dare conto delle ragioni della misura fissata con ciò violando anche i principi di cui all'art. 41 della Costituzione sull'iniziativa economica.

Tra l'altro, lo sconto viene applicato su tariffe molto risalenti (quelle statali rimontano al 1996) e ciò appare irragionevole, non potendosi dubitare del fatto che, in dieci anni, i costi dei fattori produttivi (si pensi, per tutti, alla remunerazione del personale) siano cresciuti, a volte anche sensibilmente.

In ogni caso, anche se per ipotesi i costi di produzione fossero rimasti costanti o addirittura diminuiti nel periodo di tempo summenzionato, ciò avrebbe dovuto risultare da una compiuta istruttoria, necessaria anche per la norma di legge quando essa si pone come provvedimento amministrativo seppure a carattere generale.

Ed in effetti, tenuto conto del fatto che il d.m. 12 settembre 2006 ha confermato le tariffe del 1996, limitatamente alle «prestazioni di assistenza specialistica ambulatoria» (art. 3, comma 1, lett. a), d.m. citato), con ciò volendo significare che quelle tariffe sono da ritenere ancora congrue a distanza di dieci anni dalla loro determinazione, non si può non rilevare la contraddittorietà del Legislatore statale, il quale, dopo appena tre mesi dall'approvazione del d.m. 12 settembre 2006 — pubblicato fra l'altro nella *Gazzetta Ufficiale* del 13 dicembre 2006 — ritiene non più congrue le predette tariffe ed opera una ulteriore riduzione.

2.1.3. — Naturalmente, le difficoltà che alle strutture private derivano dall'applicazione delle regole di cui all'art. 1, comma 796, lett. o) della legge n. 296/2006 sono in grado di compromettere anche la piena esplicazione del diritto di cui all'art. 32 della Costituzione, visto che le strutture private accreditate potrebbero incontrare difficoltà a garantire la piena funzionalità dei servizi, il che, in un sistema che vede la sanità pubblica non in grado di assicurare tempestivamente l'erogazione delle prestazioni sanitarie, può compromettere il diritto alla salute e il diritto di libera scelta dei cittadini-utenti. A questo riguardo, si deve sottolineare che la presenza significativa degli operatori privati nel S.S.N. risponde ad esigenze insopprimibili dell'amministrazione sanitaria, la quale non riesce, con le proprie strutture, a garantire l'erogazione delle prestazioni sanitarie a favore degli utenti, rendendo, in tal modo, impossibile sostenere, se non a scapito delle prestazioni sanitarie anche indispensabili, che le strutture private, se ritengono non convenienti le tariffe, possono «uscire» dal sistema.

Spetta invece all'amministrazione competente, previa adeguata istruttoria, decidere se rilasciare o meno l'accreditamento e stabilire annualmente il volume di prestazioni che intende acquistare dai privati; nel momento in cui rilascia l'accreditamento e fissa i tetti di spesa annuali, l'amministrazione sanitaria riconosce di aver bisogno dell'ausilio degli operatori privati, i quali, a seguito di ciò devono essere adeguatamente remunerati.

2.1.4. — La mancanza (o comunque la non allegazione) di una compiuta istruttoria dà luogo altresì ad una violazione dell'art. 97 della Costituzione, in quanto la p.a. (e la cosa vale anche per il Legislatore-amministratore, ovviamente) deve sempre porre a base del proprio operato un'adeguata conoscenza dei fatti, della quale deve dare conto nella motivazione del provvedimento terminale. Nel caso della legge, naturalmente, la motivazione può anche consistere nel richiamo, espresso o implicito, ai lavori preparatori o ad altri atti (nella specie, però, l'istruttoria, che pure il Legislatore della legge n. 296/2006 ritiene necessaria, viene espressamente posticipata, il che dà luogo ad un'illogica inversione del procedimento).

2.1.5. — Da ultimo, il sistema delineato dall'art. 1, comma 796, lett. o) della legge finanziaria per il 2007, si pone in contrasto con l'art. 117 Cost., nel momento in cui lo Stato non si limita a dettare i criteri per la fissazione delle tariffe da parte delle regioni, ma le fissa direttamente.

A tal proposito, pur potendosi astrattamente ritenere che le esigenze di contenimento della spesa pubblica e il conseguente potere dello Stato di dettare norme di coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, Cost.) militino nel senso della legittimità *in parte qua* della legge n. 296/2006, si deve tenere conto dei recenti arresti della Corte costituzionale in materia di limiti della legislazione statale in tema di individuazione dei settori in cui le Regioni debbono operare «tagli»: il riferimento è alle note sentenze della Consulta 390 del 2004, 417 e 449 del 2005, 88 del 2006 e 157 del 2007, in cui si è ritenuto non spettare allo Stato l'individuazione dettagliata delle voci di costo dei bilanci regionali da ridurre, potendo il Legislatore statale stabilire solo i principi fondamentali della materia e, al limite, la misura delle riduzioni di spesa.

Nel caso di specie, però, il Legislatore statale non si è limitato a ciò, in quanto lo sconto del 2% e del 20% viene applicato al tariffario vigente nella sua globalità, il che è come dire che lo Stato ha rideterminato nel dettaglio le tariffe in questione.

2.1.6. — Per tutto quanto detto, non appare nemmeno utile l'invocazione, contenuta nell'*incipit* del comma 796 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007 alle esigenze di «... garantire il rispetto degli obblighi comunitari e la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica per il triennio 2007-2009, in attuazione del protocollo di intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano per un patto nazionale per la salute sul quale la Conferenza delle regioni e delle province autonome, nella riunione del 28 settembre 2006 ...», sia perché tali ragioni non possono essere opposte, in assenza di adeguata istruttoria, agli operatori privati, sia perché non appare costituzionalmente giustificata l'incisione di interessi privati in nome delle sempre invocate ragioni di contenimento della spesa pubblica.

Quanto alla richiesta di risarcimento del danno osserva il Collegio che il giudizio risarcitorio a seguito di lesione di interessi legittimi postula il superamento dei principi processuali classici modellati sullo schema del giudizio di impugnazione di un atto amministrativo: al privato, pertanto, non basta la deduzione, in base al principio dispositivo con metodo acquisitivo, dell'illegittimità dell'atto, essendo necessaria, in base al principio dispositivo, la dimostrazione *ex artt.* 2697 c.c. e 115, comma 1, c.p.c., degli elementi che consentano di concludere in senso a lui favorevole il giudizio sulla spettanza del risarcimento. Occorre cioè la prova del danno nella sua esistenza e nel suo ammontare (secondo le regole di cui agli artt. 1223, 1226, 1227, richiamati dall'art. 2056 c.c.). (T.a.r. Lazio Roma, sez. II, 19 marzo 2007, n. 2387).

Di conseguenza, è inammissibile la domanda di risarcimento danni avanzata, come nel caso di specie, senza che sia stata fornita la prova del danno effettivamente subito e della sua entità.

3. — Conclusivamente il Collegio ritiene che il ricorso debba essere:

1) dichiarato inammissibile nella parte in cui viene dedotta l'illegittimità derivata dalla delibera della g.r. n. 169 dell'8 marzo 2007, per illegittimità della delibera della g.r. 334 del 2006 per le ragioni indicate in motivazione e con riguardo alla richiesta di risarcimento del danno;

2) accolto relativamente al d.m. salute 12 settembre 2006 *in parte qua* unitamente alla delibera della Giunta regionale Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 ed a tutti gli atti ad essa relativi nella parte in cui recepiscono tale decreto che devono essere, parimenti, annullati nei limiti di cui al d.m. 12 settembre 2006; ritiene, invece, che la richiesta di risarcimento del danno debba essere dichiarata inammissibile.

Per la parte restante, il Collegio ritiene che il giudizio debba essere sospeso onde sottoporre alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lett. o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, per violazione degli artt. 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 della Costituzione.

Rinvia al definitivo la statuizione sulle spese di causa.

P. Q. M.

Dichiara inammissibile, in parte, il ricorso proposto dalla S.r.l. Laboratorio Analisi Cliniche Altomari per le ragioni esposte in motivazione e relativamente alla richiesta di risarcimento del danno; lo accoglie in parte e, per, l'effetto annulla il d.m. salute 12 settembre 2006 nonché la delibera della Giunta regionale della Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 e tutti gli atti connessi nella parte in cui recepiscono le tariffe di cui al d.m. salute 12 settembre 2006;

Solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lett. o) della legge n. 296/2006 per contrasto con gli artt. 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 della Costituzione.

Sospende il giudizio in corso e dispone che, a cura della segreteria, gli atti del giudizio siano trasmessi alla Corte costituzionale e che il presente atto sia notificato alle parti, alla Presidenza del Consiglio dei ministri ed al Presidente della Giunta regionale Calabria, e sia comunicato ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Spese al definitivo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nelle Camere di consiglio del 17 ottobre e del 14 novembre 2007.

Il Presidente: DI GIUSEPPE

Il consigliere estensore: SANDULLI

08C0641

N. 256

Ordinanza del 5 maggio 2008 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sul ricorso proposto da Laboratorio analisi cliniche Lab S.r.l. contro Azienda U.S.L. Crotone 5 ed altri

Sanità pubblica - Prestazioni specialistiche e di diagnostica di laboratorio rese da strutture private accreditate - Obbligo dell'applicazione di uno sconto tariffario rispettivamente del 2 e del 20 per cento sulle tariffe di cui al decreto del Ministro della sanità 22 luglio 1996 - Incidenza sui principi di tutela della salute, di libertà di iniziativa economica privata e di buon andamento della pubblica amministrazione - Violazione della sfera di competenza regionale per la diretta determinazione delle tariffe in luogo della previsione di criteri per la determinazione delle stesse.

- Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 796, lett. o).
- Costituzione, artt. 32, 41, 97 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente sentenza sul ricorso n. 3700 del 2007 proposto dal Laboratorio analisi cliniche Lab S.r.l., rappresentato e difeso dall' avvocato Maria Cristina Lenoci ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Roma, via Cola di Rienzo n. 271;

Contro l' Azienda Unità Sanitaria Locale Crotona 5 e la Regione Calabria, non costituite in giudizio; il Ministero della salute e il Ministero dell' economia e delle finanze, ciascuno in persona del rappresentante legale in carica, rappresentati e difesi dall' Avvocatura generale dello Stato in Roma, via dei Portoghesi, 12; e nei confronti della società polispecialistica Bios S.r.l., non costituita per l' annullamento della nota del direttore generale dell' AUSL Crotona 5 n. 000794 del 21 marzo 2007 avente ad oggetto «Piano annuale preventivo»; della deliberazione della Giunta regionale della Calabria n. 169 dell' 8 marzo 2007 e per quanto di interesse, del decreto del Ministro della salute del 12 settembre 2006 adottato di concerto con il Ministro dell' economia avente ad oggetto «Ricognizione e primo aggiornamento delle tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni sanitarie» e, ove occorra, della delibera della g.r. della Calabria n. 93 del 13 febbraio 2007; la circolare a firma del dirigente del settore Dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie del 29 dicembre 2006, prot. 28593 e la deliberazione della medesima autorità del 6 maggio 2006 recante l' approvazione dello schema tipo di accordo/contratto anno 2006 - Assistenza sanitaria; e per il risarcimento del danno subito e subendo dalla ricorrente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti della causa;

Nominato relatore all' udienza pubblica del 17 ottobre 2007 il consigliere dott.ssa Linda Sandulli e sentiti gli avvocati come da verbale d' udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

F A T T O

La società Lab, struttura accreditata con il S.S.N. che eroga prestazioni di specialistica ambulatoriale di diagnostica di laboratorio impugna, chiedendone l' annullamento, i provvedimenti regionali e dell' azienda sanitaria intimata con i quali sono state determinate le tariffe delle prestazioni di specialistica ambulatoriale mediante il richiamo all' articolo 3, comma 1 del d.m. 12 settembre 2006, è stato ridotto del 5% rispetto all' anno 2006 il volume delle prestazioni e il relativo budget ed è stato imposto l' obbligo di praticare uno sconto del 20% sugli importi indicati nel d.m. della salute del 1996 per le medesime prestazioni di diagnostica di laboratorio.

Si duole, inoltre, della determinazione che stabilisce che nel caso in cui le prestazioni di assistenza ospedaliera, di assistenza specialistica ambulatoriale e residenziale e semiresidenziale dovessero superare i limiti massimi di spesa rispettivamente stabiliti per ciascuna azienda sanitaria non sorgerebbe alcun diritto alla remunerazione ai sensi della sentenza dell' Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2006.

Deduce i seguenti motivi:

1) Illegittimità del decreto ministeriale (Salute di concerto con economia e finanze) del 12 settembre 2006 nella misura in cui costituisce fonte dei provvedimenti regionali e dell' azienda sanitaria. Illegittimità costituzionale dell' art. 1, comma 796, lettera o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e conseguentemente dei provvedimenti regionali e dell' azienda sanitaria applicativi.

2) In particolare per quello che riguarda il d.m. indicato al punto precedente: violazione di legge, del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell' azione della p.a. di cui all' articolo 97 della Costituzione. Violazione dell' articolo 41 della Costituzione. Violazione ed elusione del principio del «giudicato». Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione e falsa applicazione dell' articolo 1, commi 170 e 171, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell' articolo 8-sexies, comma 5, del d.lgs. 30 dicembre 1992, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299. Violazione del «Patto per la Salute» del 28 settembre 2007. Violazione dell' articolo 3 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; incongrua motivazione; contraddittorietà; disparità di trattamento; illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

3) Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità che portano alla realizzazione del giusto procedimento ex articolo 97 della Costituzione. Violazione degli articoli 3, 24, 32, 41, 72, 81, 113, 117, 118 e 121 della Costituzione. Illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 796, lettera o) della legge n. 296 del 27 dicembre 2006.

4) Illegittimità derivata della nota del d.g. ASL Crotona 5 del 21 marzo 2007, della deliberazione della g.r. Calabria dell'8 marzo 2007, n. 169, e della circolare del dirigente del Dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie della Regione Calabria prot. 28593 del 29 dicembre 2006.

5) Illegittimità autonoma della nota del d.g. A.S.L. Crotona 5 del 21 marzo 2007, della deliberazione della g.r. Calabria 8 marzo 2007, n. 169, e della circolare del dirigente del Dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie della Regione Calabria prot. 28593 del 29 dicembre 2006, per violazione di legge, del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della p.a. di cui all'articolo 97 della Costituzione.

Violazione dell'articolo 41 della Costituzione. Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata applicazione degli articoli 8-*quinquies* e *sexies* del d.lgs. 30 dicembre 1992, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299. Violazione degli articoli 21, *quinquies*, *21-octies* e *nonies* della legge n. 241 del 1990, eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; incongrua motivazione; contraddittorietà; disparità di trattamento; illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

6) Violazione di legge, del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della p.a. di cui all'articolo 97 della Costituzione. Violazione dell'articolo 41 della Costituzione. Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata applicazione degli articoli 8-*quinquies* e *sexies* del d.lgs. 30 dicembre 1992, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299. Violazione ed errata applicazione dell'articolo 1 della l.r. n. 30 del 2003 e dell'articolo 2 della l.r. n. 2/2005. Violazione e mancata e/o errata applicazione dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; incongrua motivazione; contraddittorietà; disparità di trattamento; illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

Si sono costituite le amministrazioni statali intime.

Con memoria i ricorrenti hanno ribadito tesi e ragioni.

All'udienza del 17 ottobre 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

D I R I T T O

Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati il decreto del Ministero della sanità con il quale sono state fissate le tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni sanitarie di specialistica ambulatoriale, i provvedimenti regionali e aziendali successivi ed è stata eccepita l'incostituzionalità della legge n. 296 del 2006, articolo 1, comma 796.

Con riferimento al decreto ministeriale su indicato rileva il Collegio che in primo luogo, non sia dubitabile la lesività dell'atto impugnato, anche se in esso si prevede che le regioni possono fissare tariffe più elevate di quelle previste a carico del Servizio sanitario nazionale.

A prescindere infatti dalla circostanza di fatto che non risulta che la regione si sia avvalsa di tale facoltà, ma che al contrario si sia adeguata ad esse, deve, in ogni caso, essere considerato che eventuali aumenti di tariffe avrebbero comportato la necessità di finanziare col proprio bilancio tali aumenti sicché appare evidente che i parametri tariffari stabiliti dall'amministrazione statale costituiscono un punto fermo ed un orientamento preciso per le regioni, mentre tariffe massime più elevate, possibili sul piano teorico, costituiscono nella fattispecie una mera eventualità.

Inoltre, le tariffe fissate dal Ministero della salute costituiscono un chiaro condizionamento del comportamento regionale il quale, a tariffe più elevate ha minore necessità di adottare provvedimenti con onere a suo carico.

Il ricorso nel merito, relativamente alla parte in esame, è fondato e deve essere accolto.

I ricorrenti contestano in primo luogo la determinazione contenuta al primo comma, lett. a), dell'art. 3 di detto decreto che testualmente recita: «le tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale a carico del Servizio sanitario nazionale sono quelle individuate dal decreto del Ministro della sanità del 22 luglio 1996 "Prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale erogabili nell'ambito del servizio sanitario nazionale e relative tariffe"».

La censura di difetto d'istruttoria e di motivazione e di violazione dell'art. 8-*sexies*, comma 5 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, introdotto dall'art. 8, comma 4 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, e dell'art. 1, comma 170 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, appare fondata.

In primo luogo il decreto qui impugnato richiama e rende ora applicabili le tariffe determinate con un decreto ministeriale che risulta annullato in sede giurisdizionale dal Consiglio di Stato, con sentenza della sez. IV, 29 marzo 2001, n. 1839, e ciò a prescindere dalla questione, peraltro poco comprensibile, posta dalla difesa dell'amministrazione sulla possibilità di far rivivere solo le tariffe e non il decreto in quanto caducato. Più precisamente, il Collegio rileva che il principale difetto istruttorio deriva dal fatto che l'atto impugnato non dà minimamente conto di tale questione.

Sembra, a tale riguardo, che la vicenda appena descritta sia stata ignorata dall'amministrazione che ha provveduto senza avere conoscenza dell'annullamento giurisdizionale, ovvero perché riteneva comunque possibile, nonostante l'annullamento, far rivivere dette tariffe. Resta, pertanto, evidente il difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento sotto tale profilo.

Peraltro tale circostanza ha condotto l'amministrazione ad incorrere negli stessi vizi rilevati dal Consiglio di Stato, che, in buona sostanza aveva evidenziato un difetto di istruttoria nella determinazione delle tariffe per mancata applicazione dei precisi criteri dettati dallo stesso Ministero col d.m. 15 aprile 1994, all'art. 3 ove si dice espressamente che le tariffe devono essere fissate sulla base del costo standard di produzione e dei costi generali, in quota percentuale rispetto ai costi standard di produzione e si dettano al comma 2 criteri assai dettagliati per calcolare le componenti del costo standard.

Premesso che già il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabili al decreto ministeriale di fissazione delle tariffe allora impugnato i criteri contenuti nel d.m. del 1994, deve osservarsi che il dubbio non è proponibile nella presente fattispecie, in quanto nelle premesse del decreto qui impugnato si richiama espressamente il d.m. sanità 14 aprile 1994, con ciò dandosi conto del fatto che la stessa amministrazione resistente ritiene tale atto ancora in vigore ed applicabile al caso in esame.

Peraltro la necessità (logica) di fissare le tariffe massime tenendo conto dei costi di produzione standard e delle quote standard dei costi generali, risulta ora recepito in norma di legge chiara, quale l'art. 8-*sexies*, comma 5, del d.lgs. n. 502/1992, introdotto dall'art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 229/1999.

Sinteticamente il principio si trova anche nell'art. 1, comma 170 della legge finanziaria 30 dicembre 2004, n. 311.

Ora, che l'amministrazione non abbia seguito i suddetti criteri e non abbia quindi effettuato una analitica istruttoria sui costi di produzione, prima di determinare le tariffe massime da remunerare tramite Servizio sanitario nazionale, lo dimostra sia la circostanza che non è stato prodotto in giudizio nessun atto istruttorio di tal genere, sia, soprattutto il fatto che il provvedimento richiama puramente e semplicemente un atto di dieci anni prima, la cui istruttoria, ammesso che potesse considerarsi allora adeguata (a prescindere dalla circostanza che detto atto è stato annullato dal giudice amministrativo proprio per difetto istruttorio), avrebbe sicuramente avuto necessità di un aggiornamento di verifica per valutare la congruità dei costi di dieci anni prima (basterebbe al riguardo richiamare il «fatto notorio» del cambiamento valutario che ha comportato un significativo aumento generalizzato dei costi).

Con altra sentenza di questa sezione (n. 522 del 24 gennaio 2008) è stato poi rilevato, in relazione alla circostanza fatta valere dai ricorrenti in quel ricorso, che il provvedimento impugnato non reca alcuna motivazione per superare il parere contrario della Conferenza Stato-regioni.

Ed è stato affermato che, se: «È pur vero che l'originaria previsione contenuta nel citato art. 8-*sexies*, comma 5 dell'obbligo di intesa del Ministro della sanità con la Conferenza è stata poi modificata in mero parere obbligatorio dall'art. 1, comma 170 della finanziaria per il 2005, tuttavia appare evidente la necessità comunque di motivare, seppure sinteticamente, sulle ragioni che hanno condotto l'amministrazione agente a disattendere il parere di un così importante organo (col quale in precedenza era necessaria l'intesa), anche se i profili attenevano, almeno secondo quanto affermato nell'atto dall'amministrazione, alla opportunità».

Nei termini sopra indicati il d.m. salute 12 settembre 2006 deve, pertanto, essere annullato *in parte qua*.

Ciò comporta l'annullamento, per illegittimità derivata dei successivi atti regionali.

In particolare, la deliberazione della giunta regionale dell'8 marzo 2007, n. 169, e la precedente circolare 28593 del 29 dicembre 2006 sui primi indirizzi, premessa la necessità di adeguare le proprie tariffe a quanto stabilito col d.m. salute 12 settembre 2006 approva il sistema di finanziamento e di remunerazione delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale erogate da soggetti erogatori pubblici, equiparati e privati accreditati, così come descritto nell'allegato 3 ove si stabilisce che per il triennio 2007-2009 «il tariffario applicato alle prestazioni di specialistica ambulatoriale è quello previsto dal d.m. 12 settembre 2006 che, per le prestazioni di diagnostica di laboratorio verrà applicato a decorrere dal 1° giugno 2007»; «il sistema di finanziamento delle prestazioni viene determinato applicando lo sconto del 20% sulle prestazioni di laboratorio di analisi e del 2% sulle restanti branche», ciò in base a quanto disposto con la finanziaria per il 2007 all'art. 1, comma 796, lett. o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

Orbene, considerato che le tariffe regionali recepiscono e fanno esplicito riferimento al d.m. salute 12 settembre 2006, deve ritenersi fondato il primo profilo di gravame relativo alla illegittimità derivata; considerato che, come rilevato in precedenza, il suddetto decreto ministeriale è ritenuto illegittimo per i profili sopra evidenziati al punto 1 e che tale illegittimità si riverbera sugli atti regionali che di esso fanno diretta applicazione, non venendo minimamente qui in rilievo il d.m. 22 luglio 1996.

2. — La delibera regionale sopra riferita reca anche la disposizione, secondo quanto prima detto, del seguente tenore: «il sistema di finanziamento delle prestazioni viene determinato applicando lo sconto del 20% sulle prestazioni di laboratorio di analisi e del 2% sulle restanti branche».

Trattasi all'evidenza dell'applicazione diretta della norma contenuta nell'art. 1, comma 796, lett. o) della legge finanziaria 27 dicembre 2006, n. 296.

La contestazione di tale disposizione regionale non può quindi che passare attraverso una eventuale questione di costituzionalità della suddetta disposizione di legge, ove ritenuta non manifestamente infondata; per tale motivo esse appare rilevante ai fini del decidere.

Ed infatti al riguardo il Collegio, richiamata l'ordinanza del T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 19 ottobre 2007, n. 3631, che ha già rimesso alla Corte costituzionale detta questione, ritiene che la succitata norma di legge presenti profili di violazione di norme costituzionali.

Per ciò che attiene quindi alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, il Collegio ritiene che le norme censurate siano confliggenti con gli articoli 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 della Costituzione, per le seguenti ragioni.

2.1.1. — In primo luogo la norma rende applicabile un decreto ministeriale, quello del 22 luglio 1996 che era stato annullato con la sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato, n. 1839 del 29 marzo 2001 ormai coperta da giudicato.

Appare evidente la sovrapposizione della legge ad un giudicato formatosi già da tempo, con palese violazione degli articoli 24 e 113 della Costituzione.

È noto infatti il principio più volte affermato dalla Corte costituzionale (*cf.* da ultimo ad es. sentenza 15 luglio 2005, n. 282), secondo il quale l'emanazione di leggi incontra una serie di limiti che attengono alla salvaguardia di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari delle norme e dello stesso ordinamento, tra i quali il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di uguaglianza, l'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato nello Stato di diritto ed il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario, essendo comunque precluso al legislatore di intervenire con norme aventi portata tale da annullare gli effetti di un giudicato.

2.1.2. — Nel caso di specie, la tariffa viene fissata con legge e la relativa norma si limita ad imporre uno sconto (oltretutto del 20%) sulle tariffe vigenti, senza dare conto delle ragioni della misura fissata con ciò vigilando anche i principi di cui all'art. 41 della Costituzione sull'iniziativa economica.

Tra l'altro, lo sconto viene applicato su tariffe molto risalenti (quelle statali rimontano al 1996) e ciò appare irragionevole, non potendosi dubitare del fatto che, in dieci anni, i costi dei fattori produttivi (si pensi, per tutti, alla remunerazione del personale) siano cresciuti, a volte anche sensibilmente.

In ogni caso, anche se per ipotesi i costi di produzione fossero rimasti costanti o addirittura diminuiti nel periodo di tempo summenzionato, ciò avrebbe dovuto risultare da una compiuta istruttoria, necessaria anche per la norma di legge quando essa si pone come provvedimento amministrativo seppure a carattere generale.

Ed in effetti, tenuto conto del fatto che il d.m. 12 settembre 2006 ha confermato le tariffe del 1996, limitatamente alle «prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale» (art. 3, comma 1, lett. a) d.m. citato), con ciò volendo significare che quelle tariffe sono da ritenere ancora congrue a distanza di dieci anni dalla loro determinazione, non si può non rilevare la contraddittorietà del Legislatore statale, il quale, dopo appena tre mesi dall'approvazione del d.m. 12 settembre 2006 — pubblicato fra l'altro nella *Gazzetta Ufficiale* del 13 dicembre 2006 — ritiene non più congrue le predette tariffe ed opera una ulteriore riduzione.

2.1.3. — Naturalmente, le difficoltà che alle strutture private derivano dall'applicazione delle regole di cui all'art. 1, comma 796, let. o) della legge n. 296/2006 sono in grado di compromettere anche la piena esplicazione del diritto di cui all'art. 32 della Costituzione, visto che le strutture private accreditate potrebbero incontrare difficoltà a garantire la piena funzionalità dei servizi, il che, in un sistema che vede la sanità pubblica non in grado di assicurare tempestivamente l'erogazione delle prestazioni sanitarie, può compromettere il diritto alla salute e il diritto di libera scelta dei cittadini-utenti. A questo riguardo, si deve sottolineare che la presenza significativa degli operatori privati nel S.S.N. risponde ad esigenze insopprimibili dell'amministrazione sanitaria, la quale non riesce, con le proprie strutture,

a garantire l'erogazione delle prestazioni sanitarie a favore degli utenti, rendendo, in tal modo, impossibile sostenere, se non a scapito delle prestazioni sanitarie anche indispensabili, che le strutture private, se ritengono non convenienti le tariffe, possono «uscire» dal sistema.

Spetta invece all'amministrazione competente, previa adeguata istruttoria, decidere se rilasciare o meno l'accreditamento e stabilire annualmente il volume di prestazioni che intende acquistare dai privati; nel momento in cui rilascia l'accreditamento e fissa i tetti di spesa annuali, l'amministrazione sanitaria riconosce di aver bisogno dell'ausilio degli operatori privati, i quali, a seguito di ciò devono essere adeguatamente remunerati.

2.1.4. — La mancanza (o comunque la non allegazione) di una compiuta istruttoria dà luogo altresì ad una violazione dell'art. 97 della Costituzione, in quanto la p.a. (e la cosa vale anche per il Legislatore-amministratore, ovviamente) deve sempre porre a base del proprio operato un'adeguata conoscenza dei fatti, della quale deve dare conto nella motivazione del provvedimento terminale. Nel caso della legge, naturalmente, la motivazione può anche consistere nel richiamo, espresso o implicito, ai lavori preparatori o ad altri atti (nella specie, però, l'istruttoria, che pure il Legislatore della legge n. 296/2006 ritiene necessaria, viene espressamente posticipata, il che dà luogo ad un'illogica inversione del procedimento).

2.1.5. — Da ultimo, il sistema delineato dall'art. 1, comma 796, lett. o) della legge finanziaria per il 2007, si pone in contrasto con l'art. 117 Cost., nel momento in cui lo Stato non si limita a dettare i criteri per la fissazione delle tariffe da parte delle regioni, ma le fissa direttamente.

A tal proposito, pur potendosi astrattamente ritenere che le esigenze di contenimento della spesa pubblica e il conseguente potere dello Stato di dettare norme di coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, Cost.) mutino nel senso della legittimità *in parte qua* della legge n. 296/2006, si deve tenere conto dei recenti arresti della Corte costituzionale in materia di limiti della legislazione statale in tema di individuazione dei settori in cui le regioni debbono operare «tagli»: il riferimento è alle note sentenze della Consulta 390 del 2004, 417 e 449 del 2005, 88 del 2006 e 157 del 2007, in cui si è ritenuto non spettare allo Stato l'individuazione dettagliata delle voci di costo dei bilanci regionali da ridurre, potendo il Legislatore statale stabilire solo i principi fondamentali della materia e, al limite, la misura delle riduzioni di spesa.

Nel caso di specie, però, il Legislatore statale non si è limitato a ciò, in quanto lo sconto del 2% e del 20% viene applicato al tariffario vigente nella sua globalità, il che è come dire che lo Stato ha rideterminato nel dettaglio le tariffe in questione.

2.1.6. — Per tutto quanto detto, non appare nemmeno utile l'invocazione, contenuta nell'*incipit* del comma 796, dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007 alle esigenze di «... garantire il rispetto degli obblighi comunitari e la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica per il triennio 2007-2009, in attuazione del protocollo di intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano per un patto nazionale per la salute sul quale la Conferenza delle regioni e delle province autonome, nella riunione del 28 settembre 2006 ...», sia perché tali ragioni non possono essere opposte, in assenza di adeguata istruttoria, agli operatori privati, sia perché non appare costituzionalmente giustificata l'incisione di interessi privati in nome delle sempre invocate ragioni di contenimento della spesa pubblica.

Quanto alla richiesta di risarcimento del danno osserva il Collegio che il giudizio risarcitorio a seguito di lesione di interessi legittimi postula il superamento dei principi processuali classici modellati sullo schema del giudizio di impugnazione di un atto amministrativo: al privato cioè non basta la deduzione, in base al principio dispositivo con metodo acquisitivo, dell'illegittimità dell'atto, essendo necessaria, in base al principio dispositivo, la dimostrazione *ex artt.* 2697 c.c. e 115, comma 1, c.p.c., degli elementi che consentano di concludere in senso a lui favorevole il giudizio sulla spettanza del risarcimento. Occorre cioè la prova del danno nella sua esistenza e nel suo ammontare (secondo le regole di cui agli artt. 1223, 1226, 1227, richiamati dall'art. 2056 c.c.). (T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 19 marzo 2007, n. 2387).

Di conseguenza, è inammissibile la domanda di risarcimento danni avanzata, come nel caso di specie, senza aver fornito la prova del danno effettivamente subito e della sua entità.

3. — Conclusivamente il Collegio ritiene che il ricorso debba essere accolto relativamente al d.m. salute 12 settembre 2006 di cui dispone l'annullamento *in parte qua* ed alla delibera della Giunta regionale Calabria n. 169 del 18 marzo 2007, la comunicazione del direttore generale dell'AUSL Crotone 5 n. 000794 del 21 marzo 2007 e tutti gli atti ad esse relativi nella parte in cui recepiscono tale decreto; ritiene che debba essere sospeso onde sottoporre alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lett. o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, per violazione degli artt. 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 della Costituzione.

Rinvia al definitivo la statuizione sulle spese di causa.

P. Q. M.

Accoglie in parte il ricorso proposto dalla S.r.l. Laboratorio analisi cliniche LAB meglio specificato in epigrafe e per l'effetto annulla il d.m. salute 12 settembre 2006 in parte qua nonché la delibera di giunta regionale della Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 e la nota protocollo 000794 del 21 marzo 2007 dell'AUSL di Crotone n. 5 nella parte in cui recepiscono le tariffe di cui al d.m. salute 12 settembre 2006;

Dichiara inammissibile la richiesta di risarcimento del danno;

Sollewa la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lett. o) della legge n. 296/2006 per contrasto con gli artt. 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 della Costituzione.

Sospende il giudizio in corso e dispone che, a cura della segreteria, gli atti del giudizio siano trasmessi alla Corte costituzionale e che il presente atto sia notificato alle parti, alla Presidenza del Consiglio dei ministri ed al Presidente della Giunta regionale Calabria, e sia comunicato ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Spese al definitivo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nelle Camere di consiglio del 17 ottobre e del 14 novembre 2007.

Il Presidente: DI GIUSEPPE

Il consigliere estensore: SANDULLI

08C0642

N. 257

Ordinanza del 7 maggio 2008 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sul ricorso proposto da Harshadeva Chanka Likan contro Comune di Milano

Telecomunicazioni - Regione Lombardia - Norme per l'insediamento e la gestione di centri di telefonia in sede fissa - Riconduzione della normativa stessa «nel quadro delle competenze della Regione e dei comuni in materia di commercio» (rientranti nella legislazione residuale regionale ex art. 117, comma quarto, Costituzione), anziché alla materia delle comunicazioni (rientrante nella legislazione concorrente, ex art. 117, comma terzo, Costituzione), alla tutela della concorrenza (art. 117, comma secondo, lett. e), Costituzione) e alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma secondo, lett. m), Costituzione) - Violazione dei principi stabiliti dalla legislazione statale in materia - Violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza, dei principi di uguaglianza, di libertà di comunicazione e di libertà di iniziativa economica privata.

- Legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, art. 1.
- Costituzione, artt. 3, 15, 41 e 117.

Telecomunicazioni - Regione Lombardia - Norme per l'insediamento e la gestione dei centri di telefonia in sede fissa - Introduzione di un sistema generalizzato di autorizzazione comunale per l'esercizio dell'attività - Violazione dei principi stabiliti dalla legislazione statale in materia - Violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza, dei principi di uguaglianza, di libertà di comunicazione, di libertà di iniziativa economica privata.

- Legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, art. 4.
- Costituzione, artt. 3, 15, 41 e 117.

Telecomunicazioni - Regione Lombardia - Norme per l'insediamento e la gestione di centri di telefonia in sede fissa - Requisiti e prescrizioni igienico-sanitari - Applicabilità retroattiva - Incidenza sui principi di affidamento, di libertà d'iniziativa economica privata, di libertà di comunicazione e di libertà di iniziativa economica privata - Violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza.

- Legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, art. 8, comma 1, lett. e), f), h) e i), e 2.
- Costituzione, artt. 3, 15, 41 e 117.

Telecomunicazioni - Regione Lombardia - Norme per l'insediamento e la gestione di centri di telefonia in sede fissa - Inosservanza, da parte del titolare dell'autorizzazione del centro di telefonia fisso, degli obblighi, prescrizioni e autorizzazioni in materia di edilizia, urbanistica ed igienico-sanitaria, nonché delle disposizioni sulla destinazione d'uso dei locali e degli edifici, prevenzione incendi e sicurezza, preventivamente all'avvio dell'attività, o entro un anno dall'entrata in vigore della legge censurata - Prevista revoca dell'autorizzazione e sospensione dell'attività - Incidenza sui principi di affidamento, di libertà di comunicazione e di libertà di iniziativa economica privata - Violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza.

- Legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, art. 9, commi 1, lett. c), e 2.
- Costituzione, artt. 3, 15, 41 e 117.

Telecomunicazioni - Regione Lombardia - Norme per l'insediamento e la gestione di centri di telefonia in sede fissa - Requisiti e prescrizioni igienico-sanitari - Obbligo per i titolari dei centri di telefonia già attivi alla data di entrata in vigore della legge censurata di porsi in regola con le vigenti norme e con le prescrizioni e autorizzazioni in materia di edilizia, urbanistica ed igienico-sanitaria, previsti dalla legge medesima entro un anno da detta data - Incidenza sui principi di affidamento, di libertà di comunicazione e di libertà di iniziativa economica privata - Violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza.

- Legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, art. 12.
- Costituzione, artt. 3, 15, 41 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso iscritto al R.G. 720/2008, proposto dal sig. Harshadeva Chanaka Likan rappresentato e difeso dagli avv. Sergio Pezzucchi e Manlio Vicini ed elettivamente domiciliato in Milano, via Visconti Venosta, n. 2, presso l'avv. Giorgio Bonamassa;

Contro il Comune di Milano, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rita Surano, Antonella Frascini, Ruggero Meroni, Irma Marinelli, Ariberto Limongelli, Anna Maria Pavin, Maria Sorrenti ed elettivamente domiciliato in Milano, via della Guastalla, n. 8, presso gli uffici dell'Avvocatura comunale; per l'annullamento dell'ordinanza 6 dicembre 2007 (PG 1083195/2007 del 12 dicembre 2007) di cessazione dell'attività di centro di telefonia in sede fissa (phone center) di cui è titolare il ricorrente in Milano, via Tabacchi n. 1, emessa dal direttore del Settore commercio del Comune di Milano e notificato all'interessato il 10 gennaio 2008 nonché di tutti gli atti presupposti e consequenziali;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano;

Presente alla Camera di consiglio, in data 15 aprile 2008, l'avv. Marco Dal Toso, in sostituzione dell'avv. Ruggero Meroni per l'amministrazione resistente;

Udito il relatore ref. Mara Bertagnolli;

Vista l'ordinanza cautelare n. 594/2008 di accoglimento a termine dell'istanza di sospensione correlata al ricorso in epigrafe indicato, deliberata dalla sezione alla medesima Camera di consiglio in ragione della presente questione di costituzionalità;

Visto l'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87;

Visti gli atti tutti della causa;

F A T T O

Il ricorrente è titolare in Milano di phone center preesistente all'entrata in vigore della legge della Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6, con la quale sono state emanate apposite norme «per l'insediamento e la gestione di centri di telefonia in sede fissa».

Con l'ordinanza impugnata, il Comune di Milano ha disposto la chiusura dell'attività di phone center gestita dal ricorrente, per mancata conformazione ai nuovi requisiti (in prevalenza igienico-sanitari e di sicurezza dei locali) disposti dalla predetta legge regionale; quanto sopra, in vincolata applicazione di quest'ultima, la quale — nel disporre per gli esercizi preesistenti un termine di adeguamento annuale — ha altresì previsto, nei casi di infruttuosa scadenza di tale termine, la cessazione definitiva dell'attività senza possibilità di proroghe, come da combinato disposto dell'art. 9 primo comma, lettera *c*) e secondo comma, con l'art. 12.

In particolare, fra le più significative e restrittive novità in tema di requisiti igienico-sanitari e di sicurezza dei locali, che il Collegio ritiene sospette sul piano costituzionale, si segnalano le seguenti testuali prescrizioni dell'articolo 8, primo comma: un servizio igienico in uso esclusivo del personale dipendente (lett. *e*); un servizio igienico riservato al pubblico, anche prossimo al locale nel caso di esercizi già attivi all'entrata in vigore della presente legge, ma ad uso esclusivo dello stesso per il locale con superficie fino a 60 metri quadrati (...); un ulteriore servizio igienico per il locale di dimensioni superiori (lett. *f*); spazio di attesa all'interno del locale di almeno 9 metri quadrati, fino a 4 postazioni telefoniche, provvisto di idonei sedili posizionati in modo da non ostruire le vie di esodo; la sala di attesa dovrà essere aumentata di 2 mq ogni postazione aggiuntiva (lett. *h*); ogni postazione deve avere una superficie minima di 1 mq ed essere dislocata in modo da garantire un percorso di esodo, libero da qualsiasi ingombro ed avere una larghezza minima di 1,20 m (lett. *i*).

Alla camera di consiglio del 15 aprile 2008 la sezione ha accolto — a termine, sino alla pronuncia della Corte costituzionale sulla questione oggetto della presente ordinanza — l'istanza incidentale di sospensiva, ritenendo non manifestamente infondata (nei sensi che verranno specificati con la presente ordinanza) la questione di costituzionalità prospettata dal ricorrente, nei confronti della citata legge regionale n. 6/2006.

D I R I T T O

Oggetto della presente questione di costituzionalità sono alcune disposizioni della legge della Regione Lombardia n. 6/2006 (già indicate in narrativa) che ha regolato l'insediamento e la gestione di centri di telefonia in sede fissa, con disposizioni applicabili anche agli esercizi (come nel caso dell'odierno ricorrente) preesistenti all'entrata in vigore della legge stessa.

Le norme sospettate di incostituzionalità, che assumono rilevanza nelle vertenze in esame, riguardano:

l'articolo 1, nella parte in cui riporta la materia oggetto di trattazione alla legislazione residuale regionale sul commercio;

l'articolo 4, che introduce un sistema generalizzato di autorizzazione civica per l'esercizio dell'attività;

l'articolo 8, nella parte (comma 1, lettere *e*), *f*), *h*), *i*), e comma 2) in cui introduce — con immediata modifica dei regolamenti vigenti — i nuovi requisiti igienico-sanitari e di sicurezza dei locali, in connessione agli art. 9, primo comma, lett. *e*) e secondo comma, nonché 12, disposizioni queste ultime che regolano il regime transitorio per i vecchi esercizi; ciò in quanto l'ordinanza civica impugnata ha disposto «con effetto immediato» la chiusura dell'esercizio di phone center per mancato tempestivo adeguamento ai nuovi requisiti di cui sopra; la difformità rispetto a questi ultimi è poi a sua volta di impedimento al rilascio della specifica autorizzazione richiesta dall'art. 3 già citato, giusto il disposto dell'art. 4, terzo comma, lett. *c*), con riguardo al rilascio del certificato igienico sanitario di cui al successivo art. 8.

Le norme costituzionali di cui si sospetta la violazione riguardano l'articolo 117, in relazione ai vincoli dell'ordinamento comunitario ed al sistema di riparto delle competenze legislative Stato-regione; gli artt. 3 e 41 in relazione, in particolare, ai rilevanti ostacoli che le restrittive prescrizioni in materia igienico-sanitaria — introdotte dalla legge regionale di cui trattasi, da applicare anche retroattivamente alle preesistenti gestioni di phone center, determinano sulla libertà di iniziativa economica dei gestori; nonché l'art. 15 sulla libertà di comunicazione.

Dalle esposte premesse emerge, sotto il profilo della rilevanza della questione di costituzionalità, un contesto legislativo che ha direttamente determinato in modo cogente il contenuto lesivo dell'atto impugnato, senza lasciare o consentire alcuna mediazione discrezionale in capo alla intimata autorità amministrativa; la quale, come peraltro ribadito nella circolare di chiarimenti emanata dalla Regione Lombardia (prot. H1.2006.0027733 del 5 giugno 2006, punto 8), ha dovuto emettere il provvedimento (in tutto vincolato nel contenuto) di cessazione immediata dell'attività alla scadenza del perentorio termine annuale fissato, senza possibilità di alcuna proroga ai sensi del già citato art. 9, secondo comma, che non annovera tra le ipotesi di proroga quelle della lettera *e*) del primo comma.

Sul piano, ancora, della rilevanza, va detto nuovamente che in relazione alla valutazione di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità delle indicate disposizioni della predetta legge regionale, la sezione ha adottato un'ordinanza cautelare di sospensione del provvedimento di cessazione dell'attività di phone center, con efficacia limitata al periodo di tempo necessario a che la Corte costituzionale si pronunci sulla questione stessa.

Chiarita la rilevanza della questione, il Collegio intende *in primis* evidenziare a carico della l.r. n. 6/2006 — quanto all'ulteriore profilo della non manifesta infondatezza — la sospetta violazione dell'art. 117 primo, secondo, terzo e quarto comma della Costituzione.

L'articolo 1 della legge riconduce la deliberata normativa «nel quadro delle competenze della regione e dei comuni in materia di commercio», tuttavia il riferimento a siffatta materia (che rientra nella legislazione residuale regionale *ex* art. 117, quarto comma, Cost.) sembra al Collegio del tutto estranea all'ambito applicativo della legge stessa, che ai sensi dell'articolo 2, comma primo, consiste nell'attività di «... cessione al pubblico di servizi di telefonia in sede fissa in locali aperti al pubblico», secondo le ulteriori specificazioni illustrate nei successivi commi.

Invero, tale attività non rientra nella vendita di merci all'ingrosso o al dettaglio secondo quanto previsto dall'art. 4 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 («Riforma della disciplina relativa al settore del commercio ...»), né rientra nei settori del commercio definiti dall'art. 39 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112.

Va detto piuttosto che una delle novità della legge è proprio quella di impedire che all'interno delle strutture di «phone center» possano affiancarsi — come in passato — attività commerciali di supporto, secondo un principio di esclusività non condiviso invece — almeno dalla legislazione statale — nella situazione inversa, in cui la cessione dei servizi telefonici e telematici può ben avvenire in modo complementare rispetto ad altre attività principali (*cf.* art. 7 del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 31 luglio 2005, n. 155, che nel quadro di una disposta «integrazione della disciplina amministrativa degli esercizi pubblici di telefonia ed internet», prevede la licenza del questore per «chiunque intende aprire un pubblico esercizio o un circolo privato di qualsiasi specie, nel quale sono posti a disposizione del pubblico, dei clienti o dei soci apparecchi terminali utilizzabili per le comunicazioni anche telematiche»).

Le uniche attività commerciali consentite all'interno dei «phone center» dalla legge regionale n. 6/2006, che riguardano la vendita di schede telefoniche e l'installazione di distributori automatici di bevande ed alimenti (*cf.* art. 2, comma secondo, lettera *b*) e comma 3), non sono oggetto della specifica autorizzazione richiesta dalla legge, e rivestono carattere apertamente occasionale o eventuale e quindi del tutto marginale.

L'attività terziaria in esame sembra, invece, più propriamente riportabile alla materia dell'ordinamento delle comunicazioni (art. 117, terzo comma Cost. con legislazione concorrente Stato-regione), ascrivendosi più specificamente al «servizio di comunicazione elettronica», categoria introdotta dall'art. 2, par. 1, lett. *c*) della dir. 7 marzo 2002 n. 2002/21/CE, con conseguente applicazione della disciplina di derivazione comunitaria (comprensiva altresì delle direttive 2202/19 CE, 2002/20/CE e 2002/22 CE), complessivamente recepita con il c.d. codice delle comunicazioni elettroniche di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259. Di particolare pertinenza ai casi di specie appaiono del resto le definizioni mirate a delimitare il campo di applicazione del decreto medesimo ai sensi dell'articolo 1, comma 1, con peculiare riguardo alla lettera *bb*) («rete telefonica pubblica: una rete di comunicazione elettronica utilizzata per fornire servizi telefonici accessibili al pubblico») ed alla lettera *oo*) («telefono pubblico a pagamento: qualsiasi apparecchio telefonico accessibile al pubblico, utilizzabile con mezzi di pagamento che possono includere monete o carte di credito o di addebito o schede prepagate, comprese le schede con codice di accesso»).

La rilevata derivazione europea di tale normativa comporta poi che la materia ivi trattata (ordinamento delle comunicazioni) vincola, anche con riguardo al rispetto del principio di proporzionalità, la regione, non solo ai sensi dell'articolo 117, terzo comma entro i limiti della legislazione statale di principio, ma più in radice ai sensi dell'articolo 117, primo comma, secondo cui ogni legge della Repubblica deve conformarsi ai «vincoli derivanti dagli obblighi comunitari». In via strettamente consequenziale, il rispetto di tali disposizioni finisce poi per impingere su profili trasversali di legislazione esclusiva statale *ex* art. 117, secondo comma Cost., con specifico riguardo alla tutela della concorrenza (lett. *e*) nonché alla determinazione (e salvaguardia) dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (lett. *m*), anche in conformità all'interesse generale che connota tali servizi, ai sensi dell'art. 3 del citato decreto n. 259/2003.

In proposito, va altresì evidenziato il disposto del primo comma dell'art. 3, il quale garantisce i «diritti inderogabili di libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica» con espresso richiamo a quel regime di (libera) concorrenza che rinforza il legame dell'attività in questione alla «materia-funzione» devoluta alla legislazione esclusiva statale.

Inoltre i principi di derivazione comunitaria e costituzionale risultano espressamente ribaditi dall'art. 4 del medesimo decreto legislativo, il quale prevede al primo comma che la disciplina delle reti e dei servizi è volta a salvaguardare i diritti costituzionalmente garantiti di «libertà di comunicazione», nonché di «libertà di iniziativa economica e suo esercizio in regime di concorrenza, garantendo un accesso al mercato delle reti e servizi di comunicazione elettronica secondo criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità» (sul punto, Corte costituzionale n. 236/2005).

Il terzo comma dello stesso art. 4 dispone, tra l'altro, che la suddetta disciplina è volta anche a «promuovere la semplificazione dei procedimenti amministrativi e la partecipazione ad essi dei soggetti interessati, attraverso l'adozione di procedure tempestive, non discriminatorie e trasparenti nei confronti delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica».

Puntualizzato quanto sopra, va poi affermato che la norma regionale — nella sua unilaterale iniziativa di regolazione del settore (erroneamente riportato al commercio) — ha introdotto un regime autorizzativo ulteriore e duplicativo, rispetto al sistema delineato in sede comunitaria come recepito con il decreto legislativo n. 259/2003.

Ed invero, tornando al comma 2 dell'articolo 3 di tale decreto, ivi si prevede che «la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica, che è di preminente interesse generale, è libera e ad esse si applicano le disposizioni del Codice», fatte salve al successivo comma «le limitazioni derivanti da esigenze della difesa e della sicurezza dello Stato, della protezione civile, della salute pubblica e della tutela dell'ambiente e della riservatezza e protezione dei dati personali, poste da specifiche disposizioni di legge o da disposizioni regolamentari d'attuazione» (testuali concetti sono poi ribaditi nell'articolo 25, comma primo dello stesso decreto).

A fronte della conclamata libertà di fornitura dei servizi di comunicazioni elettroniche (ivi compresi — come sopra visto — quelli connessi all'esercizio di un phone center), il decreto legislativo n. 259/2003 prevede poi che l'espletamento di tali servizi venga subordinato ad una (sola) «autorizzazione generale», in rigoroso e vincolato recepimento della normativa europea. In particolare tale autorizzazione viene definita dall'art. 1, comma 1, lettera g) come «il regime giuridico che disciplina la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica ...» e consegue alla presentazione di una dichiarazione dell'interessato (a seguito della quale è possibile iniziare l'attività) contenente l'intenzione di procedere alla fornitura (art. 25, comma 3); il potere del Ministero competente di vietare il prosieguo dell'attività medesima può essere esercitato «entro e non oltre» sessanta giorni secondo il modulo procedimentale della dichiarazione di inizio attività *ex art.* 19, legge n. 241/1990, espressamente richiamato dalla norma in esame (art. 25, comma 4, *cfr.* anche delibera n. 467/00/CONS con cui l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha disciplinato il rilascio di tali autorizzazioni generali, per uniformarne il contenuto).

Pur a fronte di tali vincolanti previsioni — che la legislazione regionale non è legittimata ad alterare, ai sensi dei primi 3 commi dell'art. 117 Cost. — la legge lombarda ora in esame ha invece introdotto un ulteriore titolo abilitativo, disponendo in particolare all'art. 3, comma 1 che «l'esercizio della attività di cessione al pubblico del servizio di telefonia in sede fissa è assoggettato all'autorizzazione di cui all'articolo 4», al cui rilascio provvede il comune competente per territorio. Trattasi dunque di una previsione che sembra al Collegio comunque alterare il regime di sostanziale libertà di fornitura dei servizi *de quibus* così come delineato in via primaria dall'ordinamento comunitario, ed in via attuativa dalla norma statale di recepimento, con conseguenti aggravamenti procedurali, pur vietati dai citati articoli 3 e 4 del decreto n. 259/2003. Quanto sopra viene peraltro a determinare una sospetta lesione dei principi di libera concorrenza e di salvaguardia dei livelli essenziali di prestazioni di interesse generale connesse ai diritti inderogabili dell'individuo, ivi compresa la libertà di comunicazione garantita dall'art. 15 Cost., proprio ai sensi delle citate definizioni legislative *ex art.* 3 del decreto legislativo n. 259/2003 (sul cui ruolo di garanzia rispetto a tali principi si è espressa la Corte con la segnalata pronuncia n. 336/2005).

Inoltre, anche nel caso in cui la funzione autorizzatoria introdotta dall'art. 4 della legge regionale n. 6/2006 dovesse intendersi riferita (solo) agli interessi pubblici strumentali all'attività di comunicazione elettronica (nel quadro delle citate «limitazioni») a tale attività, previste e consentite dagli artt. 3 e 25 del decreto legislativo n. 259/2003), resta il fatto che anche siffatte limitazioni sembrano afferire a materie comunque (tutte) estranee a quella potestà legislativa residuale *ex art.* 117, quarto comma Cost., che la Regione Lombardia ha invece inteso nella specie esercitare.

Basti pensare:

alle esigenze della difesa e della sicurezza dello Stato ed alla tutela dell'ambiente (legislazione esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera d);

alle esigenze di protezione civile e di salute pubblica (legislazione concorrente *ex art.* 117, terzo comma).

Va poi precisato che anche le limitazioni di tipo edilizio od urbanistico (peraltro non espressamente comprese nella citata elencazione di cui agli artt. 3 e 25 del decreto legislativo n. 259/2003) sono subordinate alla concorrenza legislativa di poteri Stato-regioni sotto la voce del «governo del territorio», ai sensi del citato terzo comma dell'art. 117 Cost.

Inoltre, le problematiche connesse alla riservatezza e protezione dei dati personali (queste ultime invece espressamente previste fra le limitazioni di cui sopra) sono state già considerate e regolate dal legislatore statale, nel quadro delle esigenze di sicurezza pubblica con il citato decreto legge 27 luglio 2005 recante «nuove disposizioni antiterrorismo per gli internet point ed i pubblici esercizi che mettano a disposizione del pubblico postazioni per comunicazioni telematiche», convertito nella legge n. 155/2005.

Sulla illegittimità costituzionale di quelle legislazioni regionali che — nella presente materia delle comunicazioni elettroniche — aggiungono fasi autorizzatorie comunque denominate rispetto alle procedure abilitative già contemplate nel decreto legislativo n. 259/2003, si richiama al riguardo la recente pronuncia della Consulta n. 129/06, che — seppure in relazione alla diversa problematica delle installazioni di torri e tralicci — ha comunque censurato l'art. 27, comma 1, lettera e) della l.r. Lombardia n. 12/2005, per aver previsto la necessità di un titolo edilizio ritenuto ulteriore e superfluo rispetto alle procedure delineate nell'articolo 87 del decreto legislativo; ciò in quanto — ha osservato testualmente la Corte con esternazioni di principio applicabili al caso di specie — «... la tutela del territorio e la programmazione urbanistica sono salvaguardate dalle norme statali in vigore ed affidate proprio agli enti locali competenti, i quali, al pari delle regioni (sentenza n. 336 del 2005), non vengono perciò spogliati delle loro attribuzioni in materia, ma sono semplicemente tenuti ad esercitarle all'interno dell'unico procedimento previsto dalla normativa nazionale, anziché porre in essere un distinto procedimento» (con conseguente violazione dei principi generali di semplificazione della legislazione statale in materia di governo del territorio).

La violazione dell'articolo 117 Cost. sembra peraltro assumere connotati sostanziali, anche al di là dell'erronea qualificazione formale della materia trattata, e ciò non solo in relazione ai settori occupati dalla legge regionale eppur di appartenenza esclusiva alla legislazione statale (ove il contrasto «sostanziale» con il precetto costituzionale si consuma *in re ipsa* con il semplice intervento legislativo della regione). Anche nel caso delle fattispecie concorrenti, infatti, la normativa in esame non pare essersi correttamente inserita nei principi generali di una legislazione statale che — dopo aver garantito all'attività in sé considerata un trattamento semplificato, improntato alla libertà di comunicazione voluta anche dall'unione europea — si è limitata a prevedere per i soli «internet point» disposizioni speciali per la sicurezza dello Stato, senza l'introduzione di altri regimi *ad hoc* (igienico-sanitari ed urbanistici) diversi e più restrittivi, rispetto a quelli già in vigore per gli altri esercizi connessi alle attività terziarie.

In relazione ai requisiti igienico-sanitari e di sicurezza dei locali, va poi rammentato che la legge regionale dispone contenuti di dettaglio che integrano in modo automatico e simultaneo tutti i regolamenti di igiene delle autorità sanitarie e dei comuni in territorio lombardo (art. 8, comma 2), e ciò senza che la legislazione statale di riferimento consenta, all'interno di tale regolamentazione locale, l'inserimento eteronomo di contenuti dispositivi e di dettaglio direttamente imposti da leggi regionali (*cf.* art. 344 TULS).

Va ancora osservato sul punto che le prescrizioni previste dall'ordinamento statale, si limitano a stabilire una disciplina generale quanto ai requisiti di agibilità dei locali destinati ad attività economiche, la quale rimanda alle norme edilizie e igienico sanitarie contenute in prevalenza in fonti normative secondarie, e non contiene comunque prescrizioni così restrittive per gli indici igienico-sanitari regolati specificamente dalla legge regionale *de qua*, neanche per i locali ove vi è maggiore concentrazione di persone per un tempo di permanenza maggiore (come teatri, cinema o nei locali ove viene svolta attività di somministrazione di alimenti e bevande).

Donde la necessità che la competenza legislativa concorrente delle regioni venga esercitata nel rispetto dei principi fondamentali di cui all'art. 3 (con particolare riguardo alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale limitativi di fatto della libertà e l'uguaglianza dei cittadini) e 41 della Carta fondamentale, nonché di quello, di derivazione comunitaria, della proporzionalità (insito nel riferimento ai vincoli derivanti dall'ordinamento europeo contenuto nell'art. 117, primo comma), secondo il quale, com'è noto, una misura è conforme a tale principio soltanto allorché il mezzo adoperato si rilevi non tanto e non solo «idoneo» a consentire il raggiungimento dell'obiettivo desiderato, ma anche «necessario» nel senso dell'indisponibilità di altra misura egualmente efficace, e tale da incidere il meno negativamente possibile nella sfera del destinatario, ossia da non essere «intollerabile». In sostanza un giudizio di proporzionalità basato *ex ante* sulla valutazione comparativa tra mezzo e fine.

Infine, sempre in relazione ai requisiti igienico-sanitari e di sicurezza dei locali *ex art.* 8 della legge (con specifico riguardo alle voci ivi rubricate alle lettere e), f), h), i), meglio descritte in narrativa), il Collegio ritiene che la legge regionale n. 6/2006 presenti profili di non manifesta infondatezza anche nella parte in cui dispone l'applicazione retroattiva delle rigorose nuove disposizioni, senza delineare la possibilità di proroghe (pur non automatiche, ma discrezionali e da valutare caso per caso) per consentire agli esercizi preesistenti di continuare l'attività, nonostante la vana scadenza del termine annuale di adeguamento.

Secondo consolidata giurisprudenza costituzionale (da ultimo Corte cost. sent. n. 156/2007), la possibilità del legislatore di incidere con norme retroattive su situazioni sostanziali ormai radicate da leggi precedenti, resta subordinata al rigoroso vaglio di razionalità del nuovo regolamento di interessi che modifica *ex post* quello preesistente.

Ritiene il Collegio che nella specie non sussista (a parte quanto già evidenziato sotto il profilo della proporzionalità) una sicura rispondenza dello *ius superveniens* a sufficienti criteri di ragionevolezza, in relazione alle modalità con cui la nuova normativa incide sui giustificati affidamenti dei titolari dei preesistenti esercizi di phone center, e ciò in sospetta violazione dei principi di parità di trattamento *ex art.* 3 Cost.

La prescrizione infatti di un così nuovo e più impegnativo assetto strutturale e funzionale dei locali strumentali allo svolgimento dell'attività determina, in capo a coloro che già gestivano quest'ultima in regime di regolarità amministrativa, una serie di obblighi conformativi razionalmente inesigibili durante il (breve) periodo annuale concesso dalla legge, anche in considerazione della necessità di procedere a lavori strutturali ed edilizi dal costo elevato e spesso non realizzabili per l'inidoneità oggettiva derivante dall'area disponibile dei locali, e quindi anche laddove l'esercente l'attività voglia adeguarvisi. La stessa rilocalizzazione ipotizzata dalla norma — oltre a non esser subito praticabile in assenza della formalizzazione di nuovi strumenti urbanistici chiamati ad individuare le relative aree (*cf.* terzo comma art. 98-*bis* della l.r. 12 del 2005, introdotto dall'art. 7 della l.r. 6 del 2006) — non sembra certo rappresentare un rimedio semplice ed efficace rispetto all'abbandono — spesso obbligato — dei locali di origine, e ciò in considerazione delle difficoltà di reperimento, in adiacenza o prossimità allo stesso edificio, di nuovi locali; senza considerare la perdita di avviamento che deriverebbe dal trasferimento dell'attività stessa, una volta approvato il previsto piano urbanistico.

Quanto sopra, in aggiunta (dove un autonomo profilo di non manifesta infondatezza valutabile in base ai canoni del comma primo dell'art. 3 Cost.), al non indifferente maggiore onere economico, che potrebbe risultare insostenibile per i soggetti privi di adeguati mezzi economici, favorendo l'abbandono delle relative attività; tali dismissioni determinerebbero a loro volta un vantaggio rispetto ai nuovi operatori aventi maggiori disponibilità d'investimento che — potendo organizzare *ex ante* l'attività secondo le regole vigenti — verrebbero a trovarsi in una situazione concorrenziale (ingiustamente) privilegiata, con riverberi dannosi per gli utenti privi di una più ampia scelta, e con forte rischio di tariffe meno vantaggiose.

Le delineate — e non improbabili — conseguenze fattuali delle citate disposizioni finirebbero pertanto per incidere, oltre che sulla rilevata disparità di trattamento *ex art.* 3 Cost., anche sulla libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost., con riverberi lesivi sotto altro profilo della tutela della concorrenza garantita dall'ordinamento europeo (*cf.* sul punto anche la segnalazione in data 6 agosto 2007 formalizzata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato al Presidente della Regione Lombardia proprio in relazione «... agli effetti distorsivi della concorrenza che derivano dalle disposizioni ... dettate dalla legge Regione Lombardia 3 marzo 2006, n. 6»).

Sulla base delle esposte considerazioni si ritiene rilevante e non manifestamente infondata la presente questione costituzionalità, che si solleva pertanto ai sensi dell'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in relazione agli artt. 1, 4, 8 (comma 1, lettere *e*, *f*, *h*, *i*), e comma 2), 9, (primo comma, lett. *c*) e secondo comma), nonché 12, della l.r. 3 marzo 2006, n. 6, in relazione agli artt. 3, 15, 41 e 117 della Costituzione.

P. Q. M.

Visto l'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87, dichiara, nei sensi di cui in motivazione, rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 15, 41 e 117 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, 4, 8 (comma 1, lettere e), f), h), i), e comma 2), 9 (comma 1, lett. c) e comma 2), nonché 12 della l.r. 3 marzo 2006, n. 6.

Sospende, per l'effetto, il presente giudizio ed ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Dispone inoltre la notifica della presente ordinanza alle parti in causa ed al Presidente della Regione Lombardia, nonché la comunicazione della medesima al Presidente del Consiglio regionale della Lombardia.

Così deciso in Milano, alla Camera di consiglio del 15 aprile 2008.

Il Presidente: NICOLOSI

L'estensore: BERTAGNOLI

N. 258

Ordinanza del 16 maggio 2008 emessa dal Tribunale di Napoli - Sezione fallimentare nel procedimento civile promosso da Kodak S.p.A. contro Professional Printing New Play Color S.r.l. in liquidazione.

Fallimento e procedure concorsuali - Ricorso per la dichiarazione di fallimento di società già in stato di liquidazione - Mancata costituzione in giudizio della detta società - Esonero dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo per gli imprenditori commerciali che dimostrino il possesso congiunto dei requisiti dimensionali di cui all'art. 1, comma secondo, della legge fallimentare - Previsione introdotta dall'art. 1 del decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169 - Attribuzione al debitore dell'onere di provare la propria non assoggettabilità al fallimento - Ritenuta possibilità di pronunciare il fallimento dell'imprenditore commerciale insolvente esclusivamente per il mancato assolvimento del suddetto onere probatorio - Irragionevolezza - Omessa individuazione di un criterio sicuro e idoneo a discriminare tra soggetti fallibili e non fallibili, nonché ad evitare procedure fallimentari inutili o dannose per la tutela dei creditori e per l'erario - Eccesso di delega - Violazione del criterio direttivo concernente l'estensione dei soggetti esonerati dall'applicabilità del fallimento - Riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 570 del 1989.

- Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, art. 1, comma secondo, come modificato dall'art. 1 del decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169.
- Costituzione, artt. 3 e 76, in relazione all'art. 1, comma 6, lett. a), n. 1 della legge delega 14 maggio 2005, n. 80.

IL TRIBUNALE

Riunito in Camera di consiglio, sciogliendo la riserva di cui al verbale di udienza del 23 aprile 2008, ha pronunciato la seguente ordinanza nel procedimento, iscritto al n. 125/2008 reg. ricorsi, pendente trea Kodak S.p.A., con sede in Cinisello Balsamo (MI), al viale Matteotti n. 62, in persona del legale rappresentante *pro tempore* ing. Manlio Orioli, rappresentata e difesa, giusta procura generale alle liti per notar R. Giocosa di Milano del 4 luglio 2001, n. 34.240 rep., dagli avv. Gabriele Chiesa ed Elisabetta Chiesa del Foro di Milano, unitamente ai quali elettivamente domicilia in Napoli, alla via Posillipo n. 69/7 presso lo studio dell'avv. Guido De Luca per effetto di «dichiarazione di nomina di sostituto e di elezione di domicilio» apposta in calce al ricorso introduttivo del giudizio, ricorrente; e Professional Printing New Play Color S.r.l. in liquidazione, in persona del liquidatore Renato Laurenza, con sede in Napoli, alla via A. Genovesi n. 45, resistente.

Premesso in fatto

Con ricorso depositato il 15 febbraio 2008 e ritualmente notificato alla controparte unitamente al pedissequo decreto di fissazione di udienza, la Kodak S.p.A. ha chiesto a questo tribunale di pronunciare la dichiarazione di fallimento della Professional Printing New Play Color S.r.l. in liquidazione essendo quest'ultima sua debitrice per il complessivo importo di € 79.852,73 ed in stato di insolvenza e deducendo tra l'altro che «... i limiti quantitativi previsti dall'art. 1, lettere a) e b) del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, nel testo riformato dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, individuano non la nozione fallimentare dell'imprenditore piccolo, ma, al contrario, determinano una presunzione legale di impresa media o comunque non piccola ai fini fallimentari o addirittura di piccolo imprenditore soggetto al fallimento in via di eccezione, poiché diversamente, e paradossalmente, potrebbe accadere che una società in liquidazione, indipendentemente dalla sua natura giuridica, si trasformerebbe in un piccolo imprenditore non fallibile in considerazione del fatto che essa, non potendo compiere attività imprenditoriale non sarebbe in grado di superare i limiti posti dalla norma fallimentare ...».

All'udienza tenutasi in camera di consiglio il 23 aprile 2008 non essendosi costituita, né essendo comparsa, la Professional Printing New Play Color S.r.l. in liquidazione il tribunale si è riservato la decisione.

Osserva in diritto

Preliminarmente, va precisato che l'odierno procedimento, instaurato da un ricorso depositato il 15 febbraio 2008 va trattato e definito secondo la innovativa disciplina, sostanziale e processuale, della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) introdotta dal d.lgs. (c.d. correttivo) 12 settembre 2007, n. 169 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2008.

Va poi pregiudizialmente ritenuta sussistente la competenza territoriale di questo tribunale avendo la Professional Printing New Play Color S.r.l. la propria sede legale, fin dalla sua costituzione, in Napoli, alla via A. Genovesi n. 45 (*cf.* l'allegata visura storica), e non essendovi in atti elementi per dubitare della coincidenza di tale sede con quella effettiva della medesima società.

Deve infine evidenziarsi che detta società non si è costituita in giudizio, né è comparsa all'udienza del 23 aprile 2008, malgrado la ritualità (giusta quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 145, primo comma, c.p.c. e 7 della legge n. 890/1982, come modificato dall'art. 36, comma 2-*quater* e 2-*quinquies* della legge 28 febbraio 2008, n. 31, in vigore dal 1° marzo 2008) della notificazione nei suoi confronti del ricorso e del pedissequo decreto di convocazione.

Fermo quanto precede, va rilevato che la ricorrente ha compiutamente dimostrato di essere creditrice della Professional Printing New Play Color S.r.l. in liquidazione, per il complessivo importo di € 79.852,73: tanto emerge agevolmente dal decreto ingiuntivo n. 2565 pronunciato, in danno di quest'ultima, dal Tribunale di Monza, in composizione monocratica, il 27 giugno 2005 e munito di esecutorietà, *ex art.* 647 c.p.c., il 10 novembre 2005 (*cf.* in atti) dal successivo precetto del 21 febbraio 2006, oltre che dalla copiosa documentazione già allegata a sostegno della predetta istanza monitoria e depositata anche in questa sede (*cf.* fatture della Kodak S.p.A. ed estratti autentici dei suoi registri I.V.A. vendite).

Inoltre, dalla documentazione acquisita di ufficio dal tribunale in virtù dei poteri conferitigli dall'art. 15 della legge fallimentare (*cf.*, in particolare quanto recapitato dall'Agenzia della riscossione competente per territorio), si evince agevolmente l'esistenza di ulteriori debiti scaduti della resistente per complessivi € 95.232,76 per le specifiche causali riportate in ciascuna delle cartelle indicate.

L'entità dei descritti debiti consente, allora, di ritenere superato il limite di cui all'art. 15 del r.d. n. 267/1942 come modificato dal d.lgs. n. 169/2007 (non si fa luogo a dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dall'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore ad € 30.000,00) al di sotto del quale, anche in presenza di un accertato stato di insolvenza, non potrebbe comunque dichiararsi il fallimento dell'imprenditore che stando al tenore dell'attuale art. 1 del r.d. n. 267/1942 (come risultante dalle modifiche apportategli dal già richiamato d.lgs. n. 169/2007), non dimostri il possesso congiunto dei tre requisiti dimensionali previsti dalla medesima disposizione.

Per poter giungere alla pronuncia della invocata dichiarazione di fallimento occorre, pertanto, verificare la sussistenza, nella specie, dei presupposti, oggettivo (stato di insolvenza) e soggettivo (impresa soggetta al fallimento), rispettivamente previsti dagli odierni testi degli artt. 5 ed 1 della citata legge fallimentare.

Giova premettere, quanto al primo, che la S.r.l. Professional Printing New Play Color S.r.l. si trova attualmente in liquidazione giusta atto per notar R. Chiari del 17 novembre 2005, iscritto nel registro delle imprese il 2 dicembre 2005 (*cf.* l'allegata visura storica) e che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di cassazione, «quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione della l.fall., art. 5, deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, e ciò in quanto — non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci — non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte» (*cf.* Cass., 6 settembre 2006, n. 19141; Cass. 17 aprile 2003, n. 6170, Cass. 11 maggio 2001, n. 6550).

Infatti «il principio secondo il quale l'insolvenza della società non può necessariamente desumersi da uno squilibrio patrimoniale, il quale può essere eliminato dal favorevole andamento degli affari o da eventuali ricapitalizzazioni, non è invocabile quando la società è in liquidazione, ossia quando l'impresa non si propone di restare sul mercato, ma ha come unico suo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali ed alla distribuzione dell'eventuale residuo attivo tra i soci. In tale ipotesi, pertanto, la valutazione del giudice, ai fini dell'accertamento delle condizioni richieste per l'applicazione della l.fall. art. 5, non può essere rivolta a stimare, in una prospettiva di continuazione dell'attività sociale, l'attitudine dell'impresa a disporre economicamente della liquidità necessaria per far fronte ai costi determinati dallo svolgimento della gestione aziendale, ma deve essere diretta, invece, ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale

soddisfaccimento dei creditori sociali» (cfr. Cass. 10 aprile 1996, n. 3321, richiamata, in motivazione dalla più recente Cass. 6 settembre 2006, n. 19141).

In applicazione dei riportati principi, quindi, nella specie non può seriamente dubitarsi, sulla base della seppure scarsa documentazione prodotta dalla ricorrente e di quella acquisita, *ex officio*, dal tribunale, dello stato di insolvenza della società resistente atteso che dall'ultimo bilancio dalla stessa depositato presso il registro delle imprese, risalente all'esercizio chiuso il 31 dicembre 2003, emerge un attivo complessivamente pari ad € 172.176,00: importo, quest'ultimo, già da solo inferiore al totale dei debiti attualmente scaduti della medesima società come in precedenza accertati (€ 79.852,73 + 95.232,76 = 175.085,49).

A tale significativa circostanza va aggiunto il riscontro di ulteriori sintomi, da valutarsi unitariamente ed individuabili: *a)* nei dati ricavabili dalla documentazione acquisita *ex officio* dal tribunale presso l'Anagrafe tributaria (in particolare, dalla sensibile diminuzione del volume di affari della società passato dagli € 399.695,00 del 2004 agli € 88.337,00 del 2005); *b)* nell'abbandono della sede (cfr. relata di notifica del ricorso introduttivo di questo procedimento); *c)* nel rilevante importo del debito verso la odierna ricorrente, e nel suo protratto mancato soddisfacimento malgrado le reiterate sollecitazioni giudiziali e stragiudiziali; *d)* nell'omesso deposito dei bilanci successivi a quello concernente l'esercizio chiuso il 31 dicembre 2003.

Quanto, invece, alla ricorrenza o meno del presupposto soggettivo, l'essere cioè, oggi, la Professional Printing New Play Color S.r.l., attualmente in liquidazione, un imprenditore fallibile o non, il corrispondente accertamento non può che avvenire allo stato in base a quanto previsto dall'art. 1, primo e secondo comma, del r.d. n. 267/1942, come modificato dal d.lgs. n. 169/2007.

Secondo la citata norma «1) Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici. 2) Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: *a)* aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; *b)* aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; *c)* avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila».

Ad avviso di questo Collegio, però, il riportato secondo comma della citata disposizione è in contrasto, *in primis*, con l'art. 3 della Costituzione, per violazione del principio di ragionevolezza, essendo foriero di irragionevoli disparità di trattamento, nella parte in cui addossa al debitore l'onere di provare la propria non assoggettabilità a fallimento o, se si preferisce, nella parte in cui prevede il fallimento dell'imprenditore commerciale insolvente che non abbia dimostrato di non essere compreso nell'area della non fallibilità definita dalle lett. *a)*, *b)* e *c)* del medesimo comma (si tratta, infatti, al contrario di quanto sembra ritenere la relazione di accompagnamento dello schema del d.lgs. n. 169 del 2007, di una falsa alternativa, giacché le regole di distribuzione dell'onere della prova sono in definitiva, sempre regole di giudizio).

In proposito, infatti, va innanzitutto osservato che, prima della riforma della legge fallimentare recata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, nessuno aveva mai dubitato che l'accoglimento della domanda di fallimento richiedesse la dimostrazione, oltre che dell'insolvenza, della qualità di imprenditore commerciale del debitore, e che quasi altrettanto unanime era l'idea che analoga soluzione dovesse valere anche per la qualità di non piccolo imprenditore del debitore, il quale, dunque, si riteneva comunemente che non potesse essere dichiarato fallito qualora il giudice non fosse stato in possesso di elementi (da qualsiasi fonte legittimamente acquisiti al procedimento) sufficienti a negare la sua qualità di piccolo imprenditore: basti pensare, da un lato, a quanto precisato dalla Corte di cassazione con la sentenza del 3 febbraio 1990, n. 744, in cui si affermava, sostanzialmente che la qualità di imprenditore non piccolo del fallito (secondo i criteri di cui al secondo comma dell'allora vigente art. 1 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 e in particolare, dopo l'abolizione della imposta di ricchezza mobile e la conseguente impossibilità di far riferimento al relativo imponibile, in base al parametro del capitale investito), al pari degli altri presupposti della dichiarazione del fallimento doveva essere dimostrato dal creditore istante; dall'altro, all'autorevole opinione dottrina concernente l'impossibilità di concepire un onere probatorio principale del debitore, quando lo stesso non fosse il richiedente, giacché la domanda o la iniziativa era contro di lui e quindi ogni onere spettava al ricorrente ed al tribunale, aggiungendosi che neppure la qualifica di piccolo imprenditore commerciale poteva essere oggetto di un suo onere probatorio principale.

Proprio la Corte costituzionale, poi, già con la sentenza n. 570 del 22 dicembre 1989 (con cui ebbe a dichiarare la incostituzionalità dell'art. 1, secondo comma, del r.d. n. 267/1942, come modificato dalla legge 20 ottobre 1952, n. 1375, nella parte in cui prevedeva che «quando è mancato l'accertamento ai fini dell'imposta di ricchezza mobile

sono considerati piccoli imprenditori gli imprenditori esercenti un'attività commerciale nella cui azienda risulta investito un capitale non superiore a lire novecentomila», precisò che «... le categorie di piccolo, medio e grande imprenditore, ed insolvente civile nell'ordinamento economico e giuridico hanno posizioni nettamente differenziate.

A fondare la distinzione, specie ai fini dell'assoggettabilità o meno alla procedura fallimentare, occorre un criterio assolutamente idoneo e sicuro. I limiti devono essere stabiliti in relazione all'attività svolta, all'organizzazione dei mezzi impiegati, alla entità dell'impresa ed alle ripercussioni che il dissesto produce nell'economia generale. La insussistenza di validi presupposti per la diversificazione delle situazioni soggettive che si volevano diversamente e distintamente disciplinate, crea anche disparità di trattamento, tanto più che, altre norme (artt. 2083 e 2221 del codice civile) pongono più validi criteri di distinzione. Imprese molto modeste incorrono nelle procedure fallimentari e vengono meno le finalità del fallimento. L'esiguo patrimonio attivo del fallito può rimanere assorbito interamente dalle spese della complessa procedura e a volte risulta persino insufficiente a coprire le spese anticipate dall'erario. Il fallimento finisce con l'essere un rimedio processuale impeditivo della tutela dei creditori e un mezzo di difesa insufficiente ...».

Secondo la riportata statuizione della Consulta, quindi, la linea di discriminare tra chi è e chi non è assoggettabile a fallimento, deve fondarsi su «un criterio assolutamente idoneo e sicuro», cioè su un criterio che non può non essere oggettivo, e che deve tener conto dell'«attività svolta» e dell'«organizzazione dei mezzi impiegati» dall'imprenditore, dell'«entità dell'impresa» da questi esercitata e delle «ripercussioni che il (suo) dissesto produce nell'economia generale» e mirare ad evitare che «imprese molto modeste incorr(a)no nelle procedure fallimentari» e che vengano meno le finalità del fallimento o, peggio, che questo si trasformi, nei fatti, addirittura in «un rimedio processuale impeditivo della tutela dei creditori».

Considerazioni, queste della Consulta, da cui già si ricavava chiaramente l'obbligo del legislatore ordinario e dei giudici di legiferare, e, rispettivamente, di interpretare ed applicare la legge in modo da ridurre al minimo i fallimenti nei quali non si realizza un attivo nemmeno sufficiente a soddisfare, almeno in parte, qualche creditore concorsuale e da liberare risorse umane e materiali preziose per l'organizzazione giudiziaria, evitando, al contempo, di criminalizzare (stante l'ambito di applicabilità delle disposizioni penali contenute nella legge fallimentare) comportamenti privi di concreto disvalore sociale.

Ed evidentemente in questa prospettiva si era posto l'art. 1 della legge 14 maggio 2005, n. 80, che, al comma quinto, aveva delegato al Governo l'adozione, con l'osservanza dei principi e dei criteri direttivi di cui al sesto comma, di uno o più decreti legislativi recanti la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali di cui al r.d. 16 marzo 1942, n. 267: infatti, il menzionato sesto comma, prevedeva che, nell'esercizio della citata delega, il Governo si sarebbe dovuto attenere, tra i vari principi e criteri direttivi ivi dettati, a quello di «semplificare la disciplina attraverso l'estensione dei soggetti esonerati dall'applicabilità dell'istituto e l'accelerazione delle procedure applicabili alle controversie in materia».

Appare di tutta evidenza, quindi, che scopo del legislatore delegante era quello di eliminare quelli che, all'epoca, costituivano la grande maggioranza dei fallimenti dichiarati e che concretamente, si chiudevano con la realizzazione di un attivo spesso non sufficiente a coprire nemmeno le spese della procedura, e, dunque, con un bilancio negativo che ricadeva integralmente sulle spalle dello Stato (anche per le risorse umane ed economiche destinate allo svolgimento della procedura), senza alcun apprezzabile beneficio né per i creditori concorsuali, né per il fallito, né per la collettività.

Si comprende, allora, il perché il d.lgs. n. 5 del 2006 emanato in attuazione della predetta delega ed entrato in vigore il 16 luglio 2006, pur mantenendo il richiamo alla categoria dei piccoli imprenditori come una di quelle (con gli enti pubblici) escluse dalla assoggettabilità al fallimento, si fosse sul tema limitato a dettare alcuni parametri finalizzati a consentire la individuazione dei soggetti da qualificare agli effetti delle disposizioni della legge fallimentare, piccoli imprenditori, senza nulla prevedere specificamente quanto alla ripartizione del corrispondente onere probatorio (tenuto altresì conto della conservazione al tribunale del potere di disporre d'ufficio mezzi istruttori), ed ad introdurre la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 15 l.f., che escludeva che potesse essere dichiarato il fallimento dell'imprenditore i cui debiti scaduti e non pagati fossero di importo inferiore a 25.000,00 euro e che, con d.lgs. n. 169 del 2007, è stata modificata aumentando tale limite a 30.000,00 euro.

A seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 5/2006, si è però verificata in Italia una sensibilissima riduzione delle dichiarazioni di fallimento; ed una delle principali cause di tale fenomeno è stata da taluni individuata proprio nella perdurante adesione a quell'orientamento per il quale il dubbio sulla qualità di non piccolo imprenditore del debitore, cioè, *mutatis mutandis*, sul superamento da parte del debitore delle soglie quantitative dell'area della non fallibilità allora fissate dal secondo comma dell'art. 1, l.fall., doveva importare il rigetto dell'istanza di fallimento.

Il fenomeno — benché, ad avviso di questo Collegio, certamente in linea con la citata direttiva di cui all'art. 1, sesto comma, lett. a), n. 1), della legge 14 maggio 2005, n. 80 — ha indotto il legislatore delegato a tentare, con il d.lgs.

correttivo n. 169 del 2007, di attenuarne la rilevanza soprattutto mediante l'espressa attribuzione al debitore dell'onere di dimostrare la sua qualità di imprenditore non fallibile poiché rientrante nell'area di non fallibilità come ora delimitata dal nuovo secondo comma dell'art. 1, l.fall.

Questo comma ora stabilisce infatti che «Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al comma 1, i quali dimostrino il possesso congiunto dei ... requisiti» di cui alle seguenti lett. a), b) e c).

La soluzione sembrerebbe essere espressione del principio generale di cui all'art. 2697 c.c. e del correlato c.d. principio di vicinanza (o prossimità o riferibilità) della prova, alla stregua del quale l'onere di provare i fatti rilevanti ai fini della decisione giudiziale va addossato alla parte nella cui sfera giuridica essi si sono verificati e che quindi deve presumersi in possesso degli elementi utili per fornirne la dimostrazione.

Tanto, invero, emerge chiaramente dalla relazione illustrativa del decreto legislativo n. 169/2007, in cui si legge, tra l'altro relativamente all'intervenuta nuova formulazione dell'art. 1 del r.d. n. 267/1942 che «... Le modifiche tengono conto del fatto che l'eccessiva riduzione dell'area della fallibilità venutasi a determinare a seguito della novella del 2006 spesso ha impedito di assoggettare al fallimento ed alle conseguenti sanzioni penali imprenditori di rilevanti dimensioni con elevati livelli di indebitamento, danneggiando, in tal modo, sia i numerosi creditori insoddisfatti, che il sistema economico in generale. Più in dettaglio, va evidenziato il fatto che, per delimitare l'area dei soggetti esonerati dal fallimento non viene più utilizzata la nozione di piccolo imprenditore commerciale ma vengono indicati direttamente una serie di requisiti dimensionali massimi che gli imprenditori commerciali (resta quindi fermo l'esonero dalle procedure concorsuali di tutti gli imprenditori agricoli, piccoli e medio grandi) devono possedere congiuntamente per non essere assoggettati alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo. In questo modo, si superano i contrasti interpretativi sorti in ordine all'individuazione dei criteri di qualificazione delle nozioni di piccolo imprenditore (art. 2083 del cod. civ.), da una parte, e di imprenditore non piccolo (art. 1, l.f.), dall'altra: concetti entrambi contemplati dall'articolo 1 della legge fallimentare, come modificato dal decreto legislativo n. 5 del 2006. ... Di notevole importanza, poiché supera i gravi problemi interpretativi emersi in materia di distribuzione dell'onere della prova del presupposto soggettivo del fallimento, è la disposizione volta a precisare che grava sul debitore l'onere di fornire la prova dei requisiti di non fallibilità, intesi come fatti impeditivi della dichiarazione di fallimento. E quindi onere dell'imprenditore fallendo dimostrare di non aver superato (nel periodo di riferimento) alcuno dei tre parametri dimensionali previsti dalla norma in esame. Si evita, così, di «premiare» con la non fallibilità quegli imprenditori che scelgono di non difendersi in sede di istruttoria prefallimentare o che non depositino la documentazione contabile dalla quale sarebbe possibile rilevare i dati necessari per verificare la sussistenza dei parametri dimensionali. In tale modo, qualora elementi probatori, dedotti dalle parti o acquisiti d'ufficio, non siano sufficienti a fornire la prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità, l'imprenditore, permanendo l'incertezza sulla sussistenza o meno dei requisiti soggettivi di esenzione dal fallimento, resta assoggettato alla procedura fallimentare ...».

Senonchè, la correzione di tiro operata dal legislatore delegato con il d.lgs. n. 169 del 2007 — vale a dire l'aver addossato al debitore l'onere di provare la propria non assoggettabilità a fallimento o, se si vuole, l'aver previsto il fallimento dell'imprenditore commerciale insolvente che non dimostri di non essere compreso nell'area della non fallibilità definita dalle lett. a), b) e c) del secondo comma dell'art. 1, l.fall. — non può ritenersi, ad avviso di questo Collegio, rispettosa dell'art. 3 della Costituzione, per violazione del principio di ragionevolezza.

Essa, infatti, ha sostanzialmente disatteso le indicazioni date dalla Corte costituzionale con la menzionata sentenza n. 570/1989 che, come si è visto in precedenza, aveva evidenziato la necessità che la linea di discriminazione tra soggetto assoggettabile, o meno, a fallimento fosse fondata su «un criterio assolutamente idoneo e sicuro», cioè su un criterio oggettivo, che tenesse conto dell'«attività svolta» e dell'«organizzazione dei mezzi impiegati» dall'imprenditore, dell'«entità dell'impresa» da questi esercitata e delle «ripercussioni che il (suo) dissesto produce nell'economia generale» e ciò al fine di evitare — come sapientemente si disse in quell'occasione — che «imprese molto modeste incorr(a)no nelle procedure fallimentari» e che vengano meno le finalità del fallimento o, peggio, che questo si trasformi nei fatti addirittura in «un rimedio processuale impeditivo della tutela dei creditori».

L'addossare al debitore l'onere di provare la sua non assoggettabilità a fallimento può invece finire per far concretamente dipendere il fallimento — come nel caso di specie — anche da un comportamento, peraltro nemmeno necessariamente colpevole, del medesimo debitore che potrebbe non dipendere, e normalmente non dipende, dalla natura e dall'importanza dell'attività economica e dei mezzi impiegati nell'impresa da costui esercitata e non ha alcun rapporto con le ripercussioni del dissesto dell'imprenditore sul sistema economico e, dunque, non solo non impedisce ma addirittura favorisce dichiarazioni di fallimenti del tutto inutili (tanto più se si considera che nulla sembra precludere al debitore che non si sia costituito o che, pur essendosi costituito, non si sia difeso sullo specifico punto della sua estraneità all'area degli imprenditori commerciali insolventi fallibili delineata dal secondo comma dell'art. 1, l.fall. nel

procedimento di primo grado di proporre reclamo, ai sensi dell'art. 18, l.fall., avverso la sentenza dichiarativa del suo fallimento e di dimostrare in quella sede di essere in possesso di tutti i requisiti di cui alle lettere *a)*, *b)* e *c)* del secondo comma del predetto art. 1), ridando spazio alle disparità di trattamento già dalla Corte costituzionale, alla stregua delle cui indicazioni va interpretata — come si è già, chiarito — anche la direttiva dell'estensione dell'area di non fallibilità impartita dal legislatore delegante al Governo.

Il principio generale di cui all'art. 2697 c.c. e quello, al primo correlato, di vicinanza della prova, oltre a non aver rango costituzionale, devono, peraltro, ritenersi impropriamente richiamati allorché come nel caso del procedimento per la dichiarazione di fallimento, non siano in gioco diritti di cui le parti possano disporre.

Benché la riforma della legge fallimentare del 2005-2007 abbia sensibilmente ampliato i poteri delle parti a discapito di quelli dell'autorità giudiziaria, rimane infatti che l'evitare fallimenti inutili, se non addirittura dannosi per i creditori e per lo Stato, è, per le considerazioni svolte dalla Consulta con la sentenza n. 570/1989, questione di interesse pubblico e che, dunque, come il creditore non ha il diritto di ottenere il fallimento del proprio debitore, così quest'ultimo non ha il diritto di ottenere il proprio fallimento; che il fallimento non è un bene di cui le parti possano liberamente disporre.

Difficile, poi, sarebbe comprendere perché mai, stando alla nuova formulazione del secondo comma dell'art. 1, l.fall., il debitore che chieda il proprio fallimento dovrebbe preoccuparsi di dimostrare di non essere fallibile, non avendo evidentemente alcun interesse a fornire una siffatta prova, salvo che, in contrasto con la lettera della norma, ma in coerenza con la sua assunta *ratio* e con l'art. 14, l.fall., si ritenga che, in questo caso sul debitore ricorrente incomba l'onere di dimostrare non già la sua non assoggettabilità, ma la sua assoggettabilità a fallimento.

Il che conferma, ove ve ne fosse bisogno, l'irragionevolezza della soluzione in tema di distribuzione dell'onere probatorio in ordine al superamento delle soglie dell'area della fallibilità individuate dal secondo comma dell'art. 1, l.fall. escogitata dal legislatore delegato con il d.lgs. n. 169 del 2007 per contrastare la riduzione, evidentemente giudicata eccessiva, del numero dei nuovi fallimenti.

La distribuzione dell'onere probatorio disegnata dal legislatore delegato con il d.lgs. n. 169/2007 suscita poi dubbi di costituzionalità anche per violazione dell'art. 76, primo comma, Cost., sotto il profilo dell'eccesso di delega in quanto potenzialmente idonea a contraddire, di fatto, nella sua concreta applicazione, la direttiva della legge delega concernente l'estensione del novero dei soggetti esclusi dal fallimento: vi saranno, infatti, imprenditori che pur non raggiungendo — magari anche di gran lunga — le soglie di fallibilità poste dalla norma, non saranno in grado di darne la prova, oppure trascureranno (anche incolpevolmente) di darla, oppure avranno addirittura interesse a non darla (anche se piccoli imprenditori *ex art. 2083 c.c.*) al fine di accedere all'istituto dell'esdebitazione.

Il chiaro disposto dell'art. 1, secondo comma, della l.fall. come modificato dal d.lgs. n. 169/2007 — laddove, nell'escludere ormai qualsivoglia rilevanza alla distinzione tra imprenditore piccolo e non (invece mantenuta dal d.lgs. n. 5/2006), stabilisce, semplicemente, che non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento ... gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui alle successive lettere *a)*, *b)* e *c)* — induce il tribunale a ritenere preclusa (*in claris non fit interpretatio*) la possibilità di interpretazioni della predetta normativa che prescindano dalla concreta ripartizione dell'onere probatorio, quanto ai presupposti soggettivi del fallimento, in termini diversi da quelli fin qui prospettati e considerati di dubbia costituzionalità.

La prospettata questione di costituzionalità oltre a non essere manifestamente infondata per le ragioni fin qui evidenziate, ad avviso del Collegio è anche rilevante in questo giudizio in quanto: *a)* la Professional Printing New Play Color S.r.l., ora in liquidazione, di cui è stato chiesto il fallimento, non si è costituita in giudizio; *b)* relativamente al triennio 2005 - 2007) anteriore alla data (15 febbraio 2008) di deposito dell'istanza di fallimento, vi è in atti (per effetto dei poteri istruttori *ex officio* utilizzati dal tribunale mediante l'acquisizione dei dati della predetta società ricavabili dall'anagrafe tributaria) esclusivamente la prova (mod. U760) che, nel 2005, la resistente aveva realizzato un volume di affari di soli € 88.337,00; *c)* nessun'altra indagine istruttoria appare concretamente ed utilmente ipotizzabile sulla base della documentazione in atti, risultando, peraltro, *per tabulas* (*cfr.* l'allegata visura storica) che l'ultimo bilancio redatto dalla stessa è quello (ininfluente ai fini che ci occupano atteso il tenore letterale della citata norma) relativo all'esercizio chiuso il 31 dicembre 2003.

In buona sostanza, quindi, l'invocata declaratoria di fallimento avverrebbe esclusivamente perché la Professional Printing New Play Color S.r.l., in liquidazione, non costituendosi, non ha dimostrato come invece impostole dalla norma qui sospettata di incostituzionalità, il possesso congiunto di tutti i requisiti di cui alle lettere *a)*, *b)* e *c)* del secondo comma dell'art. 1, del r.d. n. 267/1942 come modificato dal d.lgs. n. 169/2007, prescindendosi, invece, del tutto da quel «criterio assolutamente idoneo e sicuro», oltre che oggettivo, che tenga conto dell'«attività svolta», dell'«organizzazione dei mezzi impiegati», dell'«entità dell'impresa» e delle «ripercussioni che il (suo) dissesto produce

nell'economia generale» già ritenuto necessario dalla Consulta al fine di evitare che «imprese molto modeste incorr(a)no nelle procedure fallimentari» e che vengano meno le finalità del fallimento o, peggio, che questo si trasformi nei fatti addirittura in «un rimedio processuale impeditivo della tutela dei creditori».

Tanto premesso in fatto ed in diritto, va disposta la sospensione del presente giudizio e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale per la decisione sulla questione pregiudiziale di legittimità costituzionale, siccome rilevante e non manifestamente infondata.

Alla cancelleria vanno affidati gli adempimenti di competenza, ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

P. Q. M.

Dichiara rilevante per il giudizio e non manifestamente infondata in relazione agli artt. 3 e 76 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, secondo comma, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, come modificato dal d.lgs. n. 169/2007 sulla base della previsione di cui all'art. 1, comma sesto lett. a), n. 1, della legge 14 maggio 2005, n. 80, nella parte in cui addossa al debitore l'onere di provare la propria non assoggettabilità a fallimento o, se si preferisce, nella parte in cui il fallimento dell'imprenditore commerciale insolvente che non dimostri di non essere compreso nell'area della non fallibilità definita dalle lett. a), b) e c) del medesimo comma;

Ordina alla cancelleria di notificare la presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché di darne comunicazione al Presidente del Senato della Repubblica, al Presidente della Camera dei deputati, ed alle parti costituite;

Dispone l'immediata trasmissione degli atti, comprensivi della documentazione attestante il perfezionamento delle prescritte notificazioni e comunicazioni, anche alle parti, alla Corte costituzionale;

Sospende il giudizio in corso.

Così deciso in Napoli, nella Camera di consiglio del 23 aprile 2008.

Il Presidente: CELENTANO

Il giudice estensore: CAMPESE

08C0644

N. 259

Ordinanza del 24 aprile 2008 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia sul ricorso proposto dalla Società Recupero Pugliesi S.r.l. contro Provincia di Bari ed altra

Ambiente (tutela dell') - Regione Puglia - Smaltimento di rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi provenienti dal territorio extraregionale - Limitazione alle sole ipotesi in cui gli impianti di smaltimento siti nella Regione Puglia siano quelli appropriati più vicini al luogo di produzione dei rifiuti stessi - Lesione del principio di libertà d'iniziativa economica privata - Violazione dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia (in particolare d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, trasfuso nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) - Violazione del principio della libera circolazione delle cose tra le Regioni.

- Legge della Regione Puglia 31 ottobre 2007, n. 29, art. 3, comma 1.
- Costituzione, artt. 41, primo comma, 117, comma secondo, lett. s), e 120, primo comma.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 353/2008 proposto da:

società Recuperi Pugliesi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Vito Di Natale e Giuseppe Mariani, con domicilio eletto presso il primo in Bari, via Guido De Ruggiero 9;

Contro la Provincia di Bari, in persona del presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Rosa Dipierro e Sabatino Minucci, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Bari, lungomare Nazario Sauro 29; la Regione Puglia, non costituita in giudizio; per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia, della nota prot. n. 4/11 - 6/Rif del 2 gennaio 2008, successivamente pervenuta alla ricorrente, con la quale si fa espresso divieto di smaltire rifiuti pericolosi e non pericolosi prodotti al di fuori dalla Regione Puglia; di qualunque altro atto ad esso connesso, ancorché non conosciuto.

Per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente, ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998, come modificato dall'art. 7 della legge n. 205/2000, ad ottenere il danno ingiusto, conseguente all'illegittimo operato della provincia di Bari, attraverso il risarcimento per equivalente. Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della provincia di Bari;

Relatore il referendario Laura Marzano;

Uditi, nella Camera di consiglio del giorno 13 marzo 2008, i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

La ricorrente, società operante nel settore dello smaltimento e recupero dei rifiuti, smaltisce rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi presso il proprio impianto in Modugno, ancorché prodotti in ambito extraregionale, in virtù di autorizzazione conseguita con delibera n. 1622 della giunta provinciale in data 23 giugno 1994.

In data 31 ottobre 2007, il consiglio regionale pugliese ha approvato la legge regionale di iniziativa popolare n. 29 recante la «Disciplina per lo smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi, prodotti al di fuori della Regione Puglia, che transitano nel territorio regionale e sono destinati a impianti di smaltimento siti nella Regione Puglia»; in particolare, la nuova legge regionale è caratterizzata da una disciplina limitativa che legittima lo smaltimento sul territorio regionale dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi prodotti fuori dalla Regione, solo nell'ipotesi in cui gli impianti di smaltimento «siti nella regione Puglia siano gli impianti di smaltimento appropriati più vicini al luogo di produzione dei medesimi rifiuti speciali» (art. 3, comma 1, l.r. n. 29 del 2007), prevedendo, a questo proposito, un complesso sistema di certificazioni delle autorità extraregionali, sostituibili da autocertificazioni, in ordine al rispetto della condizione di «viciniorità» indispensabile per lo smaltimento dei rifiuti sul territorio regionale.

Con nota del 28 novembre 2007, la ricorrente, onde poter continuare a trasportare e smaltire rifiuti speciali provenienti dal Lazio, Campania, Abruzzo, Molise, Basilicata ed Emilia Romagna, ha chiesto al Presidente della Provincia di Bari nonché al Dirigente del settore ecologia ed ambiente della Provincia di Bari:

«ai sensi dell'art.3, commi 2 e 3, b) della legge regionale n. 29/1997, il rilascio del certificato per il trasporto di rifiuti speciali destinati allo smaltimento, anche in assenza della dichiarazione di cui al richiamato articolo 3, comma 3, b), ovvero in assenza di una autodichiarazione di cui all'art. 3 comma 5, della legge regionale predetta»;

«di essere espressamente autorizzata allo smaltimento dei rifiuti provenienti da altre regioni, presso il proprio impianto sito in Modugno (Bari), alla via c. da Gamarola, 3 Z.I., ovvero, in alternativa, essere sin d'ora espressamente esonerata dall'invio, con cadenza semestrale, dei certificati e dichiarazioni di cui all'art. 5 della legge regionale n. 29/07, per la sola attività di smaltimento dei rifiuti speciali provenienti da altre regioni».

Con nota del 2 gennaio 2008, prot. n. 04/11.6/Rif., il Dirigente del servizio «Rifiuti» della Provincia di Bari, espressamente in riscontro alla richiesta della ricorrente protocollata al n. 4386/1 i .6/Rif. del 30 novembre 2007, previo richiamo alla disciplina contenuta nella legge regionale n. 29 del 31 ottobre 2007, ha così provveduto: «... conformemente al regolamento (CE) n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, alla direttiva 75/442/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1975 e successive modificazioni e integrazioni, al decreto legislativo 3 aprile

2006, n. 1 52, ove lo smaltimento di rifiuti speciali, presso impianti ubicati nel territorio regionale, avvenga in violazione delle richiamate disposizioni, si riterranno inadempite le prescrizioni di gestione contenute nei provvedimenti autorizzatori con conseguente comminatoria delle sanzioni normativamente previste».

Il provvedimento del Servizio rifiuti della Provincia di Bari è stato impugnato dalla ricorrente per i seguenti motivi: 1) Illegittimità derivata dall'illegittimità costituzionale degli artt. 2, 3, 4, 5 e 6 della legge regionale pugliese 31 ottobre 2007, n. 29, per violazione degli articoli 117, 3, 41, 120 della costituzione; 2) Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa; 3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11 del regolamento CE n. 1013/06; violazione e falsa applicazione del considerando n. 1 O e degli artt. 4, 5, 6, 7 della direttiva 2006 dicembre CE; 4) Violazione e falsa applicazione degli artt. 28, 29 Trattato CEE; violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Bari che, controdeducendo sul merito del ricorso, ha affermato la piena legittimità del provvedimento impugnato il quale, come riconosciuto dalla ricorrente, «costituisce puntuale applicazione della legge regionale pugliese n. 29/07».

Alla Camera di consiglio del 13 marzo 2008, la sezione ha accolto, con l'ordinanza n. 158/2008, l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente, sospendendo «fino alla decisione che sarà assunta dalla Corte costituzionale sulla emananda ordinanza di remissione, il provvedimento impugnato nella parte in cui impone al ricorrente di attenersi, per lo smaltimento dei rifiuti speciali, alla norma di legge regionale citata anziché alla normativa statale di settore».

D I R I T T O

1. — Sulla rilevanza nel giudizio *a quo*.

1.1. — In via preliminare, la sezione rileva che la decisione del ricorso non può prescindere dalla questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 117, comma 2, lettera s), 120, comma 1 e 41, comma 1, della Costituzione, dell'art. 3, comma 1, della legge della regione Puglia 31 ottobre 2007 n. 29, recante la «Disciplina per lo smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi, prodotti al di fuori della Regione Puglia, che transitano nel territorio regionale e sono destinati a impianti di smaltimento siti nella Regione Puglia».

In particolare va rimarcato che il t.a.r. è chiamato a pronunciarsi sulla nota-provvedimento del 2 gennaio 2008, prot. n. 04/11.6/Rif. del Servizio rifiuti della Provincia di Bari, impugnato dalla ricorrente, che ha sostanzialmente vietato lo smaltimento nella discarica sita in Modugno dei rifiuti speciali provenienti dalle Regioni Lazio, Campania, Abruzzo, Molise, Basilicata ed Emilia Romagna, sulla base dell'unica circostanza giustificativa della normativa sopravvenuta di cui alla l.r. Puglia 31 ottobre 2007, n. 29.

Sul punto osserva il Collegio che l'impugnata nota, sebbene adoperi la formula impersonale e ipotetica del richiamo alla suddetta legge regionale per affermare che «ove lo smaltimento di rifiuti speciali, presso impianti ubicati nel territorio regionale, avvenga in violazione delle richiamate disposizioni, si riterranno inadempite le prescrizioni di gestione contenute nei provvedimenti autorizzatori con conseguente comminatoria delle sanzioni normativamente previste», in realtà, essendo adottata espressamente in risposta alla precisa richiesta di autorizzazione allo smaltimento dei rifiuti speciali in deroga alle norme della citata legge regionale, indirizzata dalla ricorrente con nota del 28 novembre 2007, assume il valore inequivocabile di provvedimento di diniego implicito di autorizzazione.

Non possono sussistere dubbi, pertanto, in ordine al carattere provvedimentale dell'atto impugnato che, oltre a provenire dall'organo fornito di competenza in materia, reca un contenuto dispositivo individuabile proprio nella valutazione, in concreto, dell'impossibilità di smaltire nella discarica in questione i rifiuti provenienti dalle regioni italiane ben individuate, per *relationem*, nell'istanza cui detto provvedimento fornisce riscontro, salvo incorrere nelle sanzioni di legge per violazione delle prescrizioni contenute nei provvedimenti di autorizzazione.

Esiste, invero, uno stretto collegamento tra la nuova disciplina regionale dello smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi, prodotti al di fuori della Regione Puglia, e l'emanazione dell'atto impugnato; difatti il contenuto normativo della nuova disciplina regionale, di cui il provvedimento impugnato costituisce piena e coerente applicazione, rende di fatto impossibile lo smaltimento dei rifiuti provenienti dalle regioni italiane non confinanti con la Puglia.

1.2. — Strettamente collegato e dipendente dalla questione di costituzionalità della norma denunciata è il secondo motivo di ricorso.

Sul punto osserva il Collegio che il motivo non gode di autonoma rilevanza impugnatoria atteso che la denunciata violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa è riguardata, dalla parte ricorrente, in stretta correlazione con la norma della quale denuncia l'incostituzionalità.

Invero, nel censurare l'atto impugnato per violazione del principio di proporzionalità, la parte ricorrente da atto che le prescrizioni imposte dalla Provincia di Bari «mutuano pedissequamente quelle imposte dalla Regione Puglia con la legge 29/2007», sicché il secondo motivo di ricorso appare, di fatto, assorbito dal primo.

1.3. — Sostanzialmente irrilevante è poi, ai fini della problematica della costituzionalità delle previsioni della legge regionale n. 29 del 2007, il riferimento al diritto comunitario sviluppato dalla parte ricorrente con il terzo e il quarto motivo di ricorso.

In particolare, l'art. 7, quarto comma della dir. 5 aprile 2006 n. 2006 dicembre CE («gli Stati membri hanno la facoltà di prendere i provvedimenti necessari per impedire movimenti di rifiuti non conformi con i loro piani di gestione dei rifiuti. Tali provvedimenti devono essere comunicati alla Commissione e agli Stati membri») e, in generale, l'intera sistematica del provvedimento, si limitano semplicemente a legittimare la potestà degli Stati membri di limitare il movimento dei rifiuti, senza prevedere prescrizioni dal contenuto preciso ed autoapplicativo che possano trovare applicazione nel caso concreto.

Il regolamento CE 14 giugno 2006 n. 1013/2006 (regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo alle spedizioni dei rifiuti) contiene poi una serie di prescrizioni tese a regolamentare le spedizioni di rifiuti (soprattutto, provenienti da Stati siti al di fuori dell'Unione europea), ma non vieta in linea di principio la movimentazione degli stessi; soprattutto il regolamento non contiene disposizioni che possano direttamente essere applicate alla fattispecie in decisione.

1.4. — La problematica deve quindi essere decisa sulla base del diritto interno.

In altri termini, applicando l'art. 3, comma 1, della legge regionale della Puglia n. 29 del 2007 — della cui legittimità costituzionale si dubita — il ricorso in esame dovrebbe essere rigettato.

Diversamente, la dichiarazione d'incostituzionalità della norma ed il superamento del principio di autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti speciali, di cui essa è espressione, priverebbe di base legale il provvedimento amministrativo impugnato nel presente giudizio.

2. — Sulla non manifesta infondatezza.

2.1. — Quanto al primo motivo di ricorso, il Collegio ritiene che esso sia astrattamente fondato, non potendosi dubitare dell'applicazione, alla attività di trasporto e smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non, svolta dalla ricorrente, delle disposizioni contenute nell'art. 3 della legge della regione Puglia n. 29 del 31 ottobre 2007.

In particolare, sui commi 1 e 2 della suddetta norma, grava il sospetto di contrarietà ai principi costituzionali di cui agli artt. 117, comma 2, lettera s), 120, comma 1 e 41, comma 1, della carta fondamentale per quanto si dirà nel prosieguo.

2.1.1. — In proposito la sezione rileva come, negli ultimi anni, la Corte costituzionale abbia seguito una linea ricostruttiva (Corte cost. 14 luglio 2000 n. 281; 19 ottobre 2001 n. 335; 4 dicembre 2002 n. 505; 21 aprile 2005 n. 161; 26 gennaio 2007 n. 12) che porta a concludere per la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sviluppata dalle censure che sorreggono il primo motivo di ricorso.

La Consulta ha affrontato specificatamente la problematica in una sentenza (Corte cost. 19 ottobre 2001 n. 335) resa in fattispecie (rifiuti speciali non pericolosi) identica a quella oggi in decisione; in quella sede, è stata ribadita la necessità di scrutinare la questione di costituzionalità delle leggi che vietano lo smaltimento dei rifiuti speciali di provenienza extraregionale, sulla base della sistematica complessiva del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (oggi trasfuso nel d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, recante norme in materia ambientale) che «disciplina la “gestione dei rifiuti” mediante disposizioni che si autoqualificano principi fondamentali della legislazione statale, ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, nonché “norme di riforma economico-sociale” nei confronti delle regioni a statuto speciale» (Corte cost. 19 ottobre 2001 n. 335).

Tuttavia non va sottaciuto che, per quanto illuminante, la giurisprudenza costituzionale da ultimo richiamata è maturata sotto la vigenza dell'art. 117 Cost., nel testo *ante* riforma del titolo V della parte II della Costituzione, operata con legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001.

Nei più recenti arresti, infatti, il Giudice delle leggi, pur prendendo spunto e facendo propria la ricostruzione sistematica della materia in precedenza operata, si è misurato con il nuovo parametro costituzionale costituito dal novellato art. 117 e, nello specifico, con la riserva di legge statale esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, di cui al comma 2, lettera s), della predetta norma.

Nella sentenza n. 161 del 21 aprile 2005, la Corte da atto e ribadisce di essere già intervenuta in tema di limiti imposti dalla legislazione regionale allo smaltimento dei rifiuti di provenienza extraregionale, precisando che il principio dell'autosufficienza locale nello smaltimento dei rifiuti in ambiti territoriali ottimali vale, ai sensi dell'art. 5, comma 3, lettera *a*), del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, solo per i rifiuti urbani non pericolosi (ai quali fa riferimento l'articolo 7, commi 1 e 4, del d.lgs. da ultimo citato) e non anche per altri tipi di rifiuti, per i quali vige invece il diverso criterio della vicinanza di impianti di smaltimento appropriati, per ridurre il movimento dei rifiuti stessi, correlato a quello della necessità di impianti specializzati per il loro smaltimento, ai sensi della lettera *b*) del medesimo comma 3; ed a siffatto criterio sono stati ritenuti soggetti i rifiuti speciali, definiti dall'articolo 7, commi 3 e 4 (sentenza n. 505 del 2002), sia pericolosi (sentenza n. 281 del 2000) che non pericolosi (sentenza n. 335 del 2001).

In particolare la Corte ha precisato che ove una legge regionale imponga un generale divieto, per chiunque conduca nel territorio della regione impianti di smaltimento e/o stoccaggio di rifiuti, anche in via provvisoria, di accogliere negli impianti medesimi rifiuti provenienti da altre regioni o nazioni, «tale divieto, se è legittimo per quanto in precedenza rilevato con riferimento ai rifiuti urbani non pericolosi, si pone, invece, in contrasto con la Costituzione nella parte in cui si applica a tutti gli altri tipi di rifiuti di provenienza extraregionale, perché invade la competenza esclusiva attribuita allo Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema dall'art. 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione, in contrasto con i principi fondamentali della legislazione statale contenuti nel decreto legislativo n. 22 del 1997; ... (sentenze n. 62 del 2005 e n. 505 del 2002)» (Corte cost. 21 aprile 2005, n. 161).

In particolare, nella decisione 4 dicembre 2002 n. 505, la Corte costituzionale ha chiarito come la propria giurisprudenza in materia di incostituzionalità delle leggi regionali prevedenti divieti di smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi o non pericolosi di provenienza extraregionale, trovi applicazione, non solo con riferimento ai divieti assoluti di smaltimento, ma anche alle più diverse formulazioni con le quali si introducano, di fatto, dei «divieti relativi» (limiti quantitativi allo smaltimento; limitazioni territoriali; ecc.).

Come evidenziato nella sentenza n. 12 del 26 gennaio 2007, la «Corte già più volte è intervenuta sui limiti imposti dalla legislazione regionale allo smaltimento dei rifiuti di provenienza extraregionale, pervenendo sostanzialmente ad una duplice soluzione in relazione alla tipologia dei rifiuti in questione. Da un lato si è statuito che, alla luce del principio di autosufficienza stabilito espressamente, ora, dall'art. 182, comma 5, del decreto legislativo n. 152 del 2006, ma, già in passato, affermato dall'art. 5, comma 5, del decreto legislativo n. 22 del 1997, il divieto di smaltimento dei rifiuti di produzione extraregionale è applicabile ai rifiuti urbani non pericolosi; mentre si è, d'altro canto, affermato che il principio dell'autosufficienza locale ed il connesso divieto di smaltimento dei rifiuti di provenienza extraregionale non possono valere per quelli pericolosi — fra i quali sono compresi, fra gli altri, anche gran parte di quelli di origine sanitaria (sentenza n. 281 del 2000) — né per quelli speciali non pericolosi (sentenza n. 335 del 2001). Si è, infatti, rilevato che per tali tipologie di rifiuti — pericolosi e speciali (sentenza n. 505 del 2002) — non è possibile prevenire in modo attendibile la dimensione quantitativa e qualitativa del materiale da smaltire, cosa che, conseguentemente, rende impossibile «individuare un ambito territoriale ottimale che valga a garantire l'obiettivo della autosufficienza nello smaltimento» (sentenza n. 335 del 2001). Tanto più che vi è la necessità, per determinate categorie di rifiuti (quali quelli sanitari pericolosi), che lo smaltimento avvenga in strutture specializzate, non presenti in maniera omogenea sul territorio nazionale. Questa constatazione vale a superare le argomentazioni della Regione che tendono a valorizzare il requisito della «prossimità» rispetto a quello della «specializzazione». È evidente, infatti, che l'ordine logico richiede che il requisito della «specializzazione» preceda quello della «prossimità», posto che solo dopo aver determinato la tipologia dei rifiuti può aversi un quadro della dislocazione degli impianti che trattano del loro smaltimento nel territorio nazionale. Del resto, questa Corte già si è pronunciata nelle sentenze innanzi citate sulla impossibilità che, per le tipologie di rifiuti che esulano dalla «ordinarietà», sia predeterminato un ambito territoriale ottimale e sulla necessità che lo smaltimento sia effettuato nella maniera più appropriata. Dalle citate sentenze emerge che il principio dell'autosufficienza regionale nello smaltimento dei rifiuti urbani ordinari non si applica alle tipologie di rifiuti speciali pericolosi» (Corte cost. 26 gennaio 2007, n. 12).

Come si può rilevare, la costruzione della Corte costituzionale affonda le proprie radici nella stessa definizione normativa di rifiuti speciali (art. 7 del d.lgs. 22 del 1997; oggi art. 184 del d.lgs. 152 del 2006) che opera un riferimento «ad una variegata tipologia comprensiva, prescindendo dalle caratteristiche di eventuale pericolosità, di ben dieci (oggi dodici) categorie di rifiuti di diversa origine. La loro produzione è generalmente connessa ad attività lavorative: di tipo agricolo, edilizio, industriale, artigianale, commerciale, sanitario e così via, sicché la loro localizzazione normalmente non è distribuita in modo omogeneo sul territorio e comunque non è facilmente predeterminabile, così come non è facilmente prevedibile la dimensione quantitativa e qualitativa del materiale da smaltire. Va inoltre considerata, in relazione a questa tipologia di rifiuti che presentano caratteristiche così diverse tra di loro, la necessità che siano utilizzati impianti di smaltimento appropriati o addirittura, per qualcuna delle categorie indicate, come ad esempio i rifiuti sanitari o i veicoli a motore, impianti «specializzati», secondo quanto appunto prevede l'art. 5, comma 3,

lettera *b*), del decreto n. 22 del 1997, che, sul punto, oltre tutto, conferma l'impianto del previgente d.P.R. n. 915 del 1982. Risulta dunque evidente la ragione per cui anche per i rifiuti «speciali», al pari di quelli pericolosi, il legislatore statale non predetermina un ambito territoriale ottimale, che valga a garantire l'obiettivo specifico dell'autosufficienza nello smaltimento, fissato in modo espresso dall'art. 5, comma 3, lettera *a*), del decreto n. 22 per i soli rifiuti urbani non pericolosi» (Corte cost. 19 ottobre 2001 n. 335).

2.1.2. — Dalla ricostruzione sistematica sopra richiamata, la Corte costituzionale desume un ulteriore profilo di incostituzionalità, per violazione della disposizione contenuta nell'art. 120, primo comma, della Costituzione, delle leggi regionali che di fatto impongano il divieto di smaltimento dei rifiuti speciali di provenienza extraregionale (in tal senso Corte cost. 19 ottobre 2001 n. 335).

Siffatta affermazione è ribadita, più di recente, nella sentenza n. 161 del 2005, che richiama «il vincolo generale imposto alle Regioni dall'art. 120, primo comma, della Costituzione, che vieta ogni misura atta ad ostacolare la libera circolazione delle cose e delle persone fra le Regioni».

2.1.3. — Infine, la rilevanza economica dell'attività di smaltimento dei rifiuti (che, anche ai sensi del diritto comunitario, rimane comunque «un "prodotto", in quanto tale fruente, in via di principio e salvo specifiche eccezioni, della generale libertà di circolazione delle merci», Corte cost. 19 ottobre 2001 n. 335) permette di ravvisare la violazione anche della previsione dell'art. 41, primo comma, della Costituzione, relativo alla libertà dell'iniziativa economica ingiustificatamente compressa, sia con riferimento alla posizione dei gestori degli impianti di smaltimento (che sarebbero penalizzati dalla creazione di ostacoli alla libera circolazione delle merci tra le regioni), sia dei produttori di rifiuti (che, in un settore in cui non è possibile o è assai difficile la programmazione della quantità di rifiuti da smaltire, sarebbero soggetti ad un sistema di vincoli nella circolazione dei rifiuti non sorretto da una corretta pianificazione e, quindi, fortemente soggetto ad inefficienze).

2.2. — Nel caso di specie, la previsione dell'art. 3, comma 1, della legge della regione Puglia 31 ottobre 2007 n. 29, che limita lo smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi provenienti dal territorio extraregionale alle sole ipotesi in cui gli impianti di smaltimento «siti nella regione Puglia siano gli impianti di smaltimento appropriati più vicini al luogo di produzione dei medesimi rifiuti speciali» integra un «divieto relativo» (Corte cost. 4 dicembre 2002 n. 505) che, sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale (Corte cost. 14 luglio 2000 n. 281; 19 ottobre 2001 n. 335; 4 dicembre 2002 n. 505; 21 aprile 2005 n. 161; 26 gennaio 2007 n. 12), contrasta con le previsioni:

a) dell'art. 117, secondo comma, lettera *s*) della Costituzione, perché invade la competenza esclusiva attribuita dalla predetta norma allo Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, in contrasto con i principi fondamentali della legislazione statale contenuti nel decreto legislativo n. 22 del 1997 (oggi trasfuso nel d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, recante norme in materia ambientale);

b) dell'art. 120, primo comma, della Costituzione in quanto limita in modo ingiustificato la libertà di circolazione delle cose tra le Regioni, in contrasto con il divieto, contenuto nella predetta norma, di qualunque misura atta ad ostacolare la libera circolazione delle cose e delle persone fra le Regioni;

c) dell'art. 41, primo comma, della Costituzione, in quanto incide, in modo ingiustificato, sia sulla posizione dei gestori degli impianti di smaltimento (di fatto penalizzati dalla creazione ingiustificata di ostacoli alla libera circolazione delle merci tra le regioni), sia dei produttori di rifiuti (soggetti, in un settore il cui non è possibile o è assai difficile la programmazione della quantità di rifiuti da smaltire, ad un sistema di vincoli nella circolazione dei rifiuti che non solo non è sorretto da una corretta pianificazione ed è, quindi, fortemente passibile di inefficienze, ma, per di più, trasla, di fatto, sui singoli operatori del settore, l'onere di individuare e certificare il requisito della maggiore viciniorità che, al contrario, dovrebbe gravare, in sede di pianificazione, sull'autorità regionale).

3. — In conclusione, il Collegio ravvisa la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge della regione Puglia 31 ottobre 2007 n. 29, per violazione delle disposizioni contenute negli artt. 117, secondo comma, lettera *s*), 120, primo comma e 41, primo comma, della Costituzione.

Va pertanto disposta — ai sensi dell'art. 134 della Costituzione; dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1; dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 — la sospensione del presente giudizio e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, oltre agli ulteriori adempimenti di legge come indicati in dispositivo.

P. Q. M.

Visti: l'art. 134 della Costituzione; l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1; l'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87; l'art. 1 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale di cui alla deliberazione della stessa Corte costituzionale in data 16 marzo 1956:

dichiara rilevante e non manifestamente infondata — per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), dell'art. 120, primo comma e dell'art. 41, primo comma, della Costituzione — la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge della Regione Puglia 31 ottobre 2007, n. 29 come da motivazione;

sospende il presente giudizio;

ordina la immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale con la prova delle avvenute notificazioni e comunicazioni di cui al punto seguente;

dispone che, a cura della segreteria del tribunale, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa e al Presidente della Giunta regionale pugliese e comunicata al Presidente del Consiglio regionale pugliese.

Così deciso in Bari, nella Camera di consiglio del giorno 13 marzo 2008.

Il Presidente f.f.: DURANTE

L'estensore: MARZANO

08C0645

N. 260

*Ordinanza del 15 febbraio 2008 emessa dal G.u.p. del Tribunale di Ferrara
nel procedimento penale a carico di C. M. ed altro*

Processo penale - Competenza per territorio - Disciplina per i procedimenti riguardanti i magistrati - Applicabilità nel caso in cui la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato, di persona offesa o danneggiata dal reato, sia assunta da un prossimo congiunto di un magistrato che esercita le proprie funzioni o le esercitava al momento del fatto in un ufficio giudiziario compreso nel distretto di Corte di appello che sarebbe competente secondo le regole ordinarie - Mancata previsione - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge e del principio di terzietà ed imparzialità del giudice.

- Codice di procedura penale, art. 11.
- Costituzione, artt. 3, 24, comma secondo, 25, primo comma, e 111, comma secondo.

IL TRIBUNALE

All'udienza preliminare del 15 febbraio 2007 nel p.p. n. 1690\06 RGg.i.p.-311\06 RNR nei confronti di C. M. e Z. S., entrambi imputati del reato di cui agli artt. 81 secondo comma cp e 73 quarto comma d.P.R. n. 309\1990, con l'aggravante, per il solo C., di avere commesso il fatto nei confronti di persona minorenni;

Sentiti il pubblico ministero e i difensori degli imputati; ha pronunciato la seguente ordinanza.

Ritenuto in fatto

Il primo ottobre 2007 il Procuratore della Repubblica di Ferrara iniziava l'azione penale nei confronti degli odierni imputati e di altri sette per diverse ipotesi di spaccio individuale di sostanze stupefacenti, prevalentemente ma non esclusivamente, del tipo marijuana ed hashish.

Il processo in base ai criteri oggettivi di distribuzione degli affari tra i magistrati della sezione g.i.p.\g.u.p. era assegnato per la fissazione e celebrazione dell'udienza preliminare al giudice R. C. avendo gli altri due magistrati della predetta sezione svolto le funzioni di g.i.p. nel medesimo procedimento.

L'8 ottobre 2007 il magistrato titolare del procedimento trasmetteva al Presidente del tribunale dichiarazione di astensione dal processo ai sensi dell'art. 36, comma primo, lett. h, c.p.p.

Il dichiarante osservava che tra gli imputati figurava C. M. figlio della dott.ssa E. G., magistrato in servizio presso la locale Procura della Repubblica con la quale nel corso degli anni aveva avuto «costanti rapporti per ragioni connesse all'attività d'ufficio».

Il coinvolgimento del C. nel procedimento in questione rendeva «particolarmente sconveniente la trattazione dello stesso» da parte del magistrato assegnatario del fascicolo «in quanto potrebbe apparire non garantita la sua serenità e imparzialità», in ragione dei rapporti professionali intercorrenti con la madre del prevenuto, «particolarmente intensi attesa la funzione di g.i.p.-g.u.p.» dallo stesso svolto.

Il successivo 12 ottobre il presidente del tribunale f.f. accoglieva la dichiarazione di astensione, designando se medesimo giudice dell'udienza preliminare nel procedimento in questione anche nella sua qualità di presidente della sezione penale.

Nel provvedimento si chiariva che l'autoassegnazione del processo scaturiva da una informale riunione nel corso della quale tutti i magistrati del settore penale avevano confermato come le ragioni di convenienza addotte dal dott. C. sussistevano parimenti per ognuno di essi, ragion per cui successive designazioni tabellari avrebbero dato inevitabilmente luogo ad altrettante dichiarazioni di astensione, fondate sulle medesime ragioni addotte nella prima dichiarazione, posto che anche i magistrati addetti alla sezione dibattimento intrattenevano da anni costanti rapporti professionali con la dott.ssa G., situazione che rendeva inopportuno e imbarazzante giudicare il figlio della stessa.

All'udienza del 15 dicembre 2007 sette dei nove imputati formulavano richiesta di applicazione pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. con il consenso del pubblico ministero. Le relative posizioni erano separate e definite con sentenza.

Il processo principale proseguiva nei confronti degli imputati C. e Z.

Entrambi chiedevano di essere giudicati con rito abbreviato, previa produzione di documenti e di consulenza tecnica tossicologica.

La causa era rinviata all'odierna udienza affinché fosse pregiudizialmente esaminata l'eventuale non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 c.p.p. nella parte in cui non prevede che anche i procedimenti in cui il prossimo congiunto di un magistrato assume la qualità di imputato, danneggiato o persona offesa dal reato che sarebbero attribuiti alla competenza di un ufficio giudiziario compreso nel distretto della Corte di appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni o le esercitava al momento del fatto, siano di competenza del giudice, ugualmente competente per materia, che ha sede nel distretto di corte di appello determinato ai sensi dell'art. 1 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale.

Le parti hanno oggi discusso la questione e concluso come in atti.

Considerato in diritto

Il tribunale ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 c.p.p. nella parte in cui non prevede che la speciale competenza territoriale per i procedimenti riguardanti direttamente i magistrati che assumono la qualità di imputati, indagati ovvero danneggiati e offesi dal reato non si estenda anche a quei procedimenti nei quali dette qualità siano assunte dai prossimi congiunti dei magistrati medesimi.

I parametri costituzionali sotto cui la questione di legittimità costituzionale va esaminata e sollevata sono gli artt. 3, 24 secondo comma, 25 primo comma, 111 secondo comma della Costituzione.

La norma impugnata, nella parte in cui non estende la sua disciplina ai prossimi congiunti del magistrato, viola la Costituzione sotto i distinti profili della violazione del principio di razionalità e ragionevolezza; della violazione del diritto di difesa dell'imputato; della mancanza di effettive garanzie di predeterminazione del giudice competente; della mancata garanzia di un giudice terzo e imparziale.

A) *Violazione dell'art. 3 della Costituzione.*

La Corte costituzionale da tempo sottolinea come la norma della cui legittimità costituzionale si dubita, anche nella diversa versione contenuta nell'art 41-bis dell'abrogato codice di procedura penale (R.D. 19 ottobre 1930, n. 1399), abbia la funzione di prevenire turbative alla serenità e imparzialità dei giudizi tutte le volte in cui per rapporti interpersonali tra i giudici tale premessa necessaria del giusto processo non possa essere realizzata (ord. n. 593/1989).

Nell'ordinanza n. 462 del 1997 si legge che «le ragioni della deroga alle regole ordinarie di competenza, predispesa dall'art. 11 cod. proc. pen., vanno ravvisate nella necessità di assicurare la serenità ed obiettività dei giudizi, nonché l'imparzialità e terzietà del giudice ... anche con riferimento all'esigenza di eliminare presso l'opinione pubblica qualsiasi sospetto di parzialità determinato dal rapporto di colleganza e dalla normale frequentazione tra magistrati operanti in uffici giudiziari appartenenti al medesimo distretto di corte di appello».

Il profilo della immagine di neutralità e di terzietà presso l'opinione pubblica del magistrato chiamato a giudicare un collega è richiamato nell'ordinanza n. 570 del 2000 e posto a fondamento della disciplina derogatoria della competenza territoriale dettata dall'art. 11 cod. proc. pen.

Nella sentenza 390 del 1991 la Corte costituzionale ha individuato la *ratio* della norma da un lato nella tutela del diritto di difesa del cittadino imputato e dall'altro nell'esigenza di garantire la terzietà e l'imparzialità del giudice. La Corte ha affermato che la disciplina derogatoria della competenza deve assicurare la garanzia della serenità e obiettività dei giudizi, la imparzialità e la terzietà del giudice, la salvaguardia del diritto di difesa e del principio di uguaglianza dei cittadini che, a differenza di ogni altro principio, hanno fondamento nella Costituzione.

Tali profili assumono tanto maggiore rilevanza oggi, in virtù dell'art. 111 Cost. come modificato dall'art. 1, legge cost. 23 novembre 1999, n. 2.

È opportuno sottolineare come la Corte assegni un valore assoluto alla salvaguardia di dette garanzie fondamentali del giusto processo.

Nel dichiarare con la citata sentenza l'illegittimità costituzionale del terzo comma dell'art 11 c.p.p., nella sua versione originaria ante legge n. 420/1998, che prevedeva l'inoperatività del trasferimento di competenza per i reati commessi in udienza nei quali magistrati risultavano offesi o danneggiati, la Corte affermò che il pregiudizio a detti valori sussiste ed è rilevante costituzionalmente anche quando esso potrebbe considerarsi attenuato o limitato dalla previsione dell'astensione o della ricsuzione del giudice del procedimento ed anche se si tratta di un magistrato offeso o daneggiato nell'esercizio della funzione pubblica assegnatagli dall'ordinamento.

Vero è che la Corte ha più volte richiamato l'attenzione sulla necessità di riservare alla discrezionalità del legislatore la delimitazione di situazioni che astrattamente potrebbero considerarsi pregiudizievoli per l'obiettività e l'imparzialità del giudizio e per la neutralità e serenità del giudice, posto che l'estensione dei casi e l'ambito territoriale della deroga devono trovare un limite, «altrimenti, considerando nella sua più ampia latitudine l'incidenza di tali funzioni ed il rapporto di colleganza tra magistrato giudice e magistrato parte del processo, la deroga alla competenza sarebbe tale da potersi tradurre nella incompetenza di qualsiasi ufficio giudiziario, sino a non rendere possibile l'esercizio della stessa giurisdizione», sicchè la scelta legislativa può essere sindacata nel giudizio di costituzionalità solo se arbitraria o palesemente irragionevole, tenendo conto anche della necessaria generalità delle norme sulla competenza, in rispondenza al principio del giudice naturale preconstituito per legge (sent. n. 381/1999).

Ritiene tuttavia il tribunale che da un lato questo limite di palese irragionevolezza la discrezionalità legislativa nel caso in esame abbia superato e dall'altro che la ragionevolezza della scelta legislativa debba essere valutata alla stregua della sempre più imperiosa esigenza di assicurare l'imparzialità e la credibilità della funzione giudiziaria in un'epoca storica nella quale tale valore assume una pregnanza peculiare per la conflittualità competitiva tra istituzioni che fa sì che il peso di ciascuna nel complessivo equilibrio tra i poteri dello Stato discenda anche dal grado di consenso che ciascuna di esse riesce a raccogliere, a sua volta dipendente dal grado in cui i suoi caratteri e i suoi fini istituzionali siano effettivamente perseguiti e come tali riconosciuti dall'opinione pubblica. È a quest'ultima che in ultima istanza compete il giudizio finale sul grado di fiducia che l'istituzione è in grado di raccogliere e quindi sulla sua affidabilità, sul consenso sociale di cui dispone, determinandone in ultima istanza la legittimazione sociale.

La disparità di trattamento che la legge compie nei confronti dei prossimi congiunti del magistrato appare priva di giustificazione e ragionevolezza sussistendo, in relazione a questi soggetti, le medesime esigenze di garanzia e di tutela dell'imparzialità e della terzietà (e relativa immagine) del giudice, che sorreggono la *ratio* dell'art. 11 c.p.p., sia con riferimento ai diretti interessati (imputati, soggetti sottoposti ad indagini, persone offese, danneggiati) che rispetto alla collettività nel suo insieme.

L'irragionevolezza dell'omessa previsione della categoria dei prossimi congiunti, risalta ancor di più se si considerano i numerosi casi in cui la legge processuale prende in considerazione detta categoria per estendere ad essi la disciplina prevista per i magistrati e più in generale per il soggetto direttamente oggetto della disciplina processuale.

Si pensi ai casi (artt. 36 e 37 c.p.p.) in cui la causa pregiudicante l'imparzialità del giudice nel singolo processo viene estesa ai prossimi congiunti. Alla sostanziale equiparazione che la legge opera tra l'imputato ed il prossimo congiunto quanto all'esonero dall'obbligo di testimoniare. Ciò che rileva della disciplina dell'art. 199 c.p.p. è la speciale considerazione che la legge opera della condizione del prossimo congiunto dell'imputato, confrontata con l'assoluta indifferenza della norma in esame per lo stretto rapporto di parentela tra imputato e magistrato che opera nel medesimo ufficio nel quale presta servizio il giudice competente.

Appare incompatibile con la ragionevolezza e la razionalità che deve accompagnare le scelte del legislatore considerare presuntivamente non in grado a priori di offrire garanzie di imparzialità e terzietà il giudice che deve giudicare il collega che opera nel medesimo ufficio o negli uffici del distretto ed escludere altrettanto aprioristicamente qualsiasi *vulnus* all'imparzialità e alla terzietà (e alla sua apparenza) in tutti i casi in cui in luogo del magistrato sia coinvolto nel processo un suo prossimo congiunto, sicchè quel giudice che non può in alcun modo essere considerato imparziale quando giudica un collega dell'Ufficio, lo diventa se invece deve giudicarlo il figlio, il genitore il coniuge.

Che il processo penale coinvolga e interessi non solo il diretto interessato ma l'intero nucleo degli stretti congiunti è corroborato da numerose sparse disposizioni processuali. Viene in rilievo la facoltà di nomina del difensore di fiducia del soggetto in stato di arresto fermo o custodia cautelare da parte dei prossimi congiunti, a dimostrazione che per l'esplicazione del diritto di difesa l'imputato può avvalersi anche dei prossimi congiunti, regola che nasce dalla massima di esperienza secondo cui il processo penale, attingendo i fondamentali diritti della persona, è questione che naturalmente coinvolge, condiziona e mette in risalto un fortissimo interesse al suo esito da parte del nucleo dei familiari più intimi. Riportare tale rilievo al caso che ci interessa significa dire che il condizionamento che il rapporto di colleganza produce sull'immagine di imparzialità e terzietà del giudice che deve giudicare in ambito penale un altro magistrato si estende necessariamente al caso in cui ad essere giudicato sia un prossimo congiunto dello stesso magistrato.

Ulteriore elemento di conferma si ricava dagli artt. 643-644 c.p.p. che attribuiscono iure proprio, in caso di morte dell'interessato, il diritto alla riparazione agli stretti congiunti della vittima di errore giudiziario. Ennesima prova di come la legge consideri direttamente e personalmente coinvolti nel destino dell'imputato i suoi prossimi congiunti sicchè, ogni qual volta ad essere giudicato sia uno di questi soggetti, debbono valere per l'ufficio giudicante nel suo insieme le stesse considerazioni in ordine al pregiudizio che la legge presume accompagni tutti i componenti di esso quando sia astrattamente competente a giudicare un magistrato del distretto.

D'altra parte, posto che la *ratio* dell'obbligatorio trasferimento di competenza è quella che le ss.uu. della cassazione hanno ancora di recente individuato con riferimento ai giudici onorari (sent. n. 292/ 2005), «ravvisata nell'esigenza, particolarmente marcata nel processo penale (stante la natura degli interessi coinvolti e l'assenza della mediazione dell'impulso paritario delle parti: vedi Corte cost. sentt. n. 51/1998 e n. 147/2004), di evitare che il rapporto di colleganza e normale frequentazione nascente dal comune espletamento delle funzioni nello stesso plesso territoriale possa inquinare, anche solo nelle apparenze, l'imparzialità del giudizio (v. in particolare, sul punto, Corte cost. ord. n. 462/1997),» ne consegue che analoga valutazione deve essere fatta in tutti i casi in cui vengono in rilievo gli strettissimi rapporti familiari dell'imputato con il magistrato togato che esercita le funzioni nello stesso ufficio o in ufficio territorialmente prossimo a quello in cui ha sede il magistrato competente in base alle ordinarie regole.

Conviene ricordare il messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Cossiga del 26 luglio 1990 che, a proposito della necessità di prestare la massima attenzione alla determinazione del foro competente nei processi penali nei quali fossero coinvolti magistrati, affermava:

«Il problema dell'individuazione del giudice competente per i procedimenti penali riguardanti i magistrati, e precisamente per i procedimenti penali nei quali i magistrati assumano la qualità di persona sottoposta alle indagini, di imputato, di persona offesa o danneggiata dal reato, è sempre stato un problema presente sul piano della disciplina del processo penale, sia nell'ordinamento italiano che negli ordinamenti esteri. Ciò ben si comprende, in quanto esso attiene alla garanzia di indipendenza e di soggezione solo alla legge del giudice, principi che costituiscono valori che debbono essere realizzati nel concreto, tenendo conto che in un ambiente hanno, o si può ritenere che abbiano, una qualche incidenza proprio i rapporti di conoscenza, di quotidiana frequentazione e di appartenenza allo stesso ufficio giudiziario. Vi è, insomma, la necessità di escludere, anche nelle apparenze, che la giustizia, quando amministrata da altri magistrati, possa essere una giustizia amministrata in modo diverso e meno oggettivo, "domestico", di privilegio ovvero di casta».

Il richiamo all'esigenza di una disciplina che sia mirata sulla concretezza delle situazioni in grado di nuocere all'immagine del magistrato e alla credibilità dell'istituzione giudiziaria si traduceva nell'invito ad evitare una giustizia che appaia appunto «domestica». In tale ultimo concetto può certamente rientrare la condizione di una giustizia che si occupi dei prossimi congiunti, che sia anche la «casa» in cui il magistrato finisce per svolgere le sue funzioni, dandosi così adito a dubbi, sospetti, sfiducia, distruttivi dell'immagine della giustizia che vive del consenso dei consociati e della disponibilità degli stessi ad accettarne le decisioni come frutto di giudizio neutro, oggettivo, indifferente a passioni e interessi e che rintuzza attraverso le buone norme, le buone decisioni e le buone prassi qualsiasi tentazione di nichilismo giuridico.

Posta la finalità dell'art 11 c.p.p., quale la Corte costituzionale ha più volte fatta propria, non sembra possano residuare dubbi sull'irragionevolezza, per incoerenza e contraddittorietà intrinseca, di una norma che, postulando il trasferimento con criteri automatici della competenza nei processi penali nei quali i magistrati siano imputati o sottoposti a indagine, offesi o danneggiati dal reato, per la presupposta inidoneità di quel foro domestico a dare oggettive garanzie di imparzialità e terzietà, ometta di considerarle ugualmente come causa di privilegio o di giustizia domestica e di casta quella che porta i medesimi giudici, che la legge presume per gli stretti rapporti professionali non ugualmente sereni rispetto alla generalità dei casi nel giudicare i colleghi d'ufficio, a giudicare i prossimi congiunti degli stessi colleghi.

L'intrinseca sua irrazionalità/irragionevolezza induce il tribunale a sottoporre alla Corte costituzionale la verifica della legittimità costituzionale della norma dell'art 11 c.p.p. per contrasto con l'art 3 della Costituzione.

B) Violazione dell'art. 24 della Costituzione in relazione agli artt. 3 e 111.

Brevemente le considerazioni svolte in precedenza possono essere riesaminate alla luce di altri parametri costituzionali.

Esaminata dal punto di vista dell'imputato, indagato, danneggiato o persona offesa dal reato, prossimo congiunto di un magistrato operante nell'Ufficio competente per il giudizio secondo le ordinarie regole, la questione assume rilievo sotto il profilo della violazione del diritto di difesa.

Non sembra possa dubitarsi che la difesa di tale soggetto può subire condizionamenti morali, psicologici, materiali dalla circostanza di doversi esplicare in un ambiente nel quale il giudice si trovi in stretti rapporti di contiguità professionale, di relazioni personali umane e lavorative con il prossimo congiunto dell'imputato medesimo. Ogni qual volta la difesa trovi nel sistema normativo intralci di fatto o psicologici non giustificati dalla necessità di rispettare beni di rango preminente, si ha una limitazione del diritto stesso incompatibile con la Costituzione.

La possibilità che il giudice possa essere portatore di un qualsiasi pregiudizio discendente dalla conoscenza del rapporto di familiarità che lega l'imputato ad altro magistrato dell'ufficio, condiziona inevitabilmente la strategia difensiva che oltre a tutti gli elementi di cui di regola deve tenere conto, è costretta nel bene e nel male a confrontarsi con una variabile peculiare, che ingiustamente discrimina la posizione difensiva, consistente nella necessità di comprendere se e quali meccanismi mentali anomali possano scattare nel giudice che sa che deve affrontare un giudizio nel quale è indirettamente coinvolto un magistrato del suo ufficio.

Quella consuetudine, frequentazione, conoscenza, insieme di relazioni che coinvolgono il giudice ed il magistrato prossimo congiunto del soggetto interessato al processo, possono diventare materia impropria di valutazione e di condizionamento della strategia difensiva che può risultare menomata o vincolata dalla natura, intensità segno e qualità di dette relazioni.

Non si è molto lontano dal vero se si afferma che molte scelte processuali e difensive potrebbero finire col passare al vaglio dei loro possibili effetti in relazione alla natura dei rapporti professionali fra il giudice ed il magistrato prossimo congiunto.

I fatti, le circostanze, i temi di prova, le fonti di prova, le relazioni interpersonali che in un normale processo vengono adottati dall'interessato avendo riguardo esclusivamente alla propria causa, potrebbero dover essere impropriamente riesaminati alla stregua della peculiarissima condizione in cui il soggetto del processo viene a trovarsi per effetto della suo rapporto di parentela.

Lo stesso timore che il giudice — conscio di essere sottoposto ad una speciale osservazione da parte della comunità professionale e dell'opinione pubblica sotto il profilo della sua capacità di mantenersi terzo e imparziale in una situazione in cui ad essere giudicato è un soggetto rispetto al quale si possa ipotizzare una sua qualche sensibilità personale — possa adottare soluzioni e decisioni strumentali non al merito della causa ma all'esigenza di apparire imparziale, potrebbe nuocere e condizionare il diritto di difesa dell'imputato, le cui strategie difensive sarebbero costrette a fare i conti con una serie aggiuntiva di impalpabili variabili psicologiche che si aggiungono alle molteplici alle quali di regola la parte processuale deve fare fronte.

Tale indebita pressione psicologica, non riconducibile ad alcuna ragionevole norma giuridica, influisce sul diritto di difesa che è menomato ogni qual volta le regole processuali non ne consentono materialmente o moralmente una piena e regolare esplicazione.

In definitiva ogni qual volta per ragioni esterne al processo la parte ha ragione di dubitare o di problematizzare il tema della serenità e tranquillità del giudice nell'approccio al fatto processuale, situazione fondata oggettivamente su un dato che la legge stessa presume come rilevante tanto da prevedere una norma quale quella dell'art. 11 c.p.p., il diritto di difesa subisce una inammissibile compressione o comunque un indebito condizionamento, inconciliabile con la pienezza dello stesso secondo il dettato della Costituzione.

C) *Violazione dell'art. 25, primo comma della Costituzione in relazione agli artt. 3 e 111 della stessa.*

L'art. 36 primo comma lett. h c.p.p. prevede, come è noto, l'obbligo per il giudice di astenersi dal processo se esistono gravi ragioni di convenienza. A sua volta l'art. 43 secondo comma c.p.p. stabilisce che nei casi in cui, in conseguenza di astensioni o ricusazioni dei magistrati dello stesso ufficio, designati secondo le leggi di ordinamento giudiziario a seguito di precedenti astensioni o ricusazioni accolte, non sia possibile celebrare il processo nella sede giudiziaria competente, il procedimento debba essere rimesso alla sede ugualmente competente per materia a norma dell'art. 11 c.p.p.

Si potrebbe sostenere che gli inconvenienti prima denunciati sono evitabili con l'applicazione del meccanismo fissato negli artt. 36 e 43 c.p.p. che permetterebbe di realizzare lo stesso risultato senza giungere alla dichiarazione di incostituzionalità della norma, lasciando al sistema quel necessario margine di elasticità che eviterebbe di ingessarlo con automatici trasferimenti di competenza in una serie di casi, che potrebbe rivelarsi assai numerosi, non richiedenti in concreto l'effettivo spostamento del processo.

Il tribunale ritiene che una tale soluzione non solo non rispetta i parametri costituzionali prima invocati ma si presta ad essere censurata sotto il profilo dell'intollerabile incertezza che si avrebbe nella determinazione del giudice competente, che verrebbe rimessa all'insindacabile valutazione dei singoli magistrati dell'ufficio astrattamente competente. Costoro dovrebbero essere chiamati singolarmente e di volta in volta a valutare la sussistenza delle gravi ragioni di convenienza che giustificano la dichiarazione di astensione, quando parte interessata al processo penale sia un prossimo congiunto di un magistrato dello stesso ufficio distrettuale, potendo ciascuno giungere a conclusioni diverse sulla base di insindacabili valutazioni di opportunità, non apprezzabili e controllabili in alcun modo.

Ferma l'esatta distinzione richiamata dalla difesa dell'imputato Carrà tra regole processuali «generali» volte ad assicurare l'imparzialità e la terzietà del giudice ogni qual volta la legge individua fatti e situazioni da cui scaturisce una generale inidoneità dell'ufficio nel suo complesso e in tutti i suoi componenti, e regole processuali particolari, volte ad evidenziare situazioni che rendono inidoneo sotto gli individuati profili il singolo giudice a trattare il processo, ricondurre la questione qui prospettata ad un problema di incompatibilità, astensione o ricusazione, potrebbe far dipendere l'individuazione del giudice competente dal soggettivo apprezzamento da parte dei magistrati dell'ufficio in ordine alla ricorrenza di quelle gravi ragioni di convenienza che potrebbero portare, attraverso il meccanismo delle astensioni a catena, a produrre l'effetto del trasferimento del processo nella sede determinata ai sensi degli artt. 11 e 43 del c.p.p.

In tal modo peraltro l'imputato o il soggetto interessato al processo che si trova nella condizione che stiamo analizzando non sarebbe mai in grado di sapere preventivamente chi sarà il suo giudice naturale, tale determinazione non potendosi effettuare *ex ante* ma soltanto *ex post* a seguito dell'interpello dei singoli magistrati dell'ufficio che dovranno di volta in volta interrogare il proprio intimo nel contesto per valutare l'esistenza di ragioni di convenienza tali da indurli all'astensione, con tutte le singole varianti del caso, soggettive ed arbitrarie, e conseguente eventuale trasferimento del processo nella sede individuata dall'art. 11.

Né può dirsi che il principio del giudice naturale non è violato poiché si tratta semplicemente di applicare un meccanismo per l'individuazione in concreto del giudice che la legge ha obiettivamente predisposto e che le concrete variabili empiriche non possono influire sulla legittimità costituzionale di un modello legale astrattamente conforme a Costituzione.

In realtà, se si declassa la questione della competenza per i processi in cui i magistrati dell'ufficio sono inevitabilmente coinvolti in ragione del rapporto di prossimità, legalmente predefinito, con i soggetti del processo, nelle loro qualità normativamente rilevanti, a questione di soggettivo apprezzamento della convenienza a che il processo si celebri o meno nella sede, si elude quella rigorosa predeterminazione normativa della competenza per situazioni tipiche che l'art. 25 primo comma della Costituzione intende garantire perché non si tratta di commisurare la scelta del legislatore in relazione a situazioni atipiche e imprevedibili ma di valutare se sia ammissibile che di fronte a situazioni perfettamente definite, prevedibili e normativamente rilevanti, possa giustificarsi un'assenza di disciplina specifica che lasci alle insondabili scelte e valutazioni individuali la determinazione finale del giudice competente.

D) *Violazione dell'art. 111, secondo comma della Costituzione.*

Le considerazioni che precedono inducono a considerare autonomamente il profilo di incostituzionalità di una norma che non prende in considerazione la necessità di assicurare l'imparzialità del giudice in una situazione equivalente o riconducibile a quella espressamente da essa stessa disciplinata con regola di segno contrario a quella ricavabile dall'omessa disciplina della situazione omologa.

Nella misura in cui il legislatore valuta come incompatibile con il principio di imparzialità la situazione del giudice che deve giudicare colleghi che operino nei medesimi uffici distrettuali, egli pone le premesse per la diffusione di un generalizzato alone di sospetto in tutti i casi in cui quel medesimo giudice deve affrontare processi nei confronti di prossimi congiunti di magistrati che, se direttamente coinvolti nel processo, determinerebbero il trasferimento del processo ad altra sede. Non potendo richiedersi alla generalità dei consociati di valutare in modo sottilmente difforme le due situazioni, la ragionevole omologazione delle stesse nel comune sentire, determinando la convinzione che il caso è affidato ad un giudice che non può considerarsi imparziale, producendo un'apparenza di parzialità e non neutralità del giudice, finisce con il violare sul piano normativo la garanzia costituzionale che si esplica non solo nell'assicurare un giudice terzo e imparziale ma anche nel porre le condizioni perché detta imparzialità possa essere comunemente apprezzata da chi deve essere sottoposto al giudizio e dalla generalità dei consociati, il cui giudizio determina il grado di accettabilità delle decisioni giudiziarie, elemento fondante di una società democratica.

Ciò posto è appena il caso di osservare come la questione non possa essere risolta in via interpretativa, precludendo inesorabilmente la lettera della norma qualsiasi interpretazione nel senso che si ritiene costituzionalmente conforme.

L'evidenza impone di accennare appena alla rilevanza nel processo della questione di legittima costituzionale che si propone.

L'imputato C. ha chiesto di essere giudicato con rito abbreviato e questo giudice deve pronunciarsi sull'ammissione del rito e procedere al relativo giudizio.

Stessa richiesta è stata avanzata dall'altro imputato.

Ove la proposta questione di legittimità costituzionale fosse accolta, questo giudice non potrebbe provvedere sulla richiesta degli imputati né procedere ad esaminare il merito della causa nelle forme del rito abbreviato ma dovrebbe dichiarare immediatamente la propria incompetenza funzionale a giudicare nei confronti degli imputati e trasmettere gli atti al giudice dell'udienza preliminare presso il tribunale di Ancona ex artt. 11, c.p.p. e 1, dip. stt. c.p.p.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 della Costituzione, 1, legge costituzionale 9 febbraio 1948; 1 e 23, legge 11 marzo 1953 n. 87;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art 11 codice procedura penale nella parte in cui non prevede che la sua disciplina si applichi pure quando la qualità di persona sottoposta ad indagini, imputato, persona offesa o danneggiata dal reato sia assunta da un prossimo congiunto di un magistrato che esercita le proprie funzioni o le esercitava al momento del fatto in un ufficio giudiziario compreso nel distretto di Corte di appello che sarebbe competente secondo le ordinarie regole.

Sospende il giudizio ed ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Ordina che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati.

Ferrara, addì 15 febbraio 2008

Il giudice dell'udienza preliminare: CARUSO

N. 261

*Ordinanza del 3 giugno 2008 emessa dal Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento
sul ricorso proposto da Fedrizzi Luca contro Ministero della giustizia*

Avvocato e procuratore - Esami di abilitazione all'esercizio della professione - Obbligo di motivazione del voto verbalizzato in termini alfanumerici - Esclusione in base al «diritto vivente» - Incidenza sul diritto di azione e di difesa in giudizio - Violazione del principio di tutela giurisdizionale - Lesione dei principi del giusto processo - Violazione degli obblighi internazionali relativi al giusto processo statuiti dalla CEDU.

- Regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578, art. 22, comma 9, convertito nella legge 22 novembre 1934, n. 36; regio decreto 22 gennaio 1934, n. 37, artt. 17-bis, 22, 23, e 24, comma 1.
- Costituzione, artt. 24, commi primo e secondo, 111, commi primo e secondo, 113, primo comma, e 117, primo comma.

IL TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 181 del 2007 proposto da Fedrizzi Luca, rappresentato e difeso dall'avv. Elena Cainelli ed elettivamente domiciliato presso l'avv. Alessandra Margoni con studio in Trento, via Scipio Sighele, 3;

Contro il Ministero della giustizia - Commissione esami di avvocato - sessione 2006 contro Corte appello di Trento e Sottocommissione esami di avvocato sessione 2006 contro Corte appello di Perugia, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trento nei cui uffici in largo Porta Nuova n. 9 è per legge domiciliata per l'annullamento del giudizio di non ammissione alla prova orale dell'esame per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato indetto con d.m. 15 novembre 2006, siccome espresso nel verbale della I Sottocommissione presso la Corte d'appello di Perugia di data 30 marzo 2007, reso noto il 14 giugno 2007 tramite affissione, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito alla pubblica udienza del 17 gennaio 2008 — relatore il consigliere Sergio Conti — l'Avvocato dello Stato Sarre Pirrone per l'amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. — Con sentenza non definitiva n. 103 del 24 aprile 2008, relativa al presente ricorso — avente ad oggetto l'impugnativa del giudizio negativo degli scritti redatti dall'istante in sede di esami di abilitazione alla professione forense, sessione 2006/2007 — sono state respinte due delle tre censure dedotte dalla ricorrente.

Eguale conclusione negativa avrebbe dovuto assumersi per il residuale motivo, con la quale era stato dedotto il difetto di motivazione dell'espresso giudizio alla luce della totale inidoneità ad esternarlo da parte del cosiddetto voto alfanumerico; e ciò tenuto conto del consolidato indirizzo della giurisprudenza del Consiglio di Stato; tuttavia, con la recente sentenza 30 maggio 2006, n. 193, questo Tribunale, dopo aver osservato che «pur sussistendo l'esistenza di qualche principio di segno opposto, è ormai più che maggioritario e pressoché consolidato presso il giudice d'appello quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, l'onere di motivazione della valutazione forense è sufficientemente adempiuto con l'attribuzione di un punteggio alfanumerico (o numerico), configurandosi quest'ultimo come formula sintetica che vale ad esternare adeguatamente il

giudizio tecnico delle CC.GG.», aveva, peraltro, argomentatamente concluso che il detto indirizzo collide con quello fatto proprio nella propria precedente pronuncia n. 351 del 2001, confermata integralmente in quella sopra richiamata, accogliendo per conseguenza il ricorso.

Ai fini della definizione del detto motivo deve essere dunque ricordato che l'indirizzo adottato della IV Sez. del Consiglio di Stato sull'anzidetta questione con le decisioni n. 537, 538, 539, 540, 541, 543 e 689 del 2008 fanno propria, invece, la sufficienza del voto alfanumerico nel giudizio in sede generale di legittimità; che, inoltre, proprio con riferimento al prodotto ricorso l'ordinanza 6 settembre 2007, n. 84, con cui questo tribunale aveva accolto la domanda di misura cautelare, disponendo che gli elaborati scritti della candidate fossero riesaminati da altra Sottocommissione ed ammettendola con riserva a sostenere le prove orali subordinatamente all'emissione di un giudizio positivo sulle stesse prove, è stata riformata dalla sez. IV del Consiglio di Stato con ordinanza 13 novembre 2007, n. 5861, che ha richiamato a tal fine la propria precedente contraria giurisprudenza in ordine all'inesistenza di un obbligo di motivazione diverso da quello dell'espressione del solo voto cosiddetto alfanumerico.

Ad avviso del Collegio pare, peraltro, possibile ancora una volta lumeggiare le ragioni che indubitano sul piano della legittimità costituzionale la ormai «granitica» giurisprudenza del Consiglio di Stato, che eleva da oltre 18 anni un vallo non valicabile per la potenziale percezione delle concrete ragioni addotte dalle commissioni esaminatrici a sostegno del giudizio negativo sulle prove scritte svolte dai candidati. Giova premettere sotto un primo profilo che la mera espressione alfanumerica di un giudizio non sembra integrare alcuna reale ed effettiva «motivazione sintetica», ove l'espressione «motivazione» assolva l'esigenza di manifestare al candidato il perché della sua reiezione alle prove scritte, ma pare tradursi soltanto nell'espressione di un valore essenzialmente relativo che si manifesta in termini matematici, oscuro restando comunque il fondamento valutativo del connesso giudizio.

Il tribunale è ben consapevole di quanto statuito anche da ultimo da codesta sovrana Corte con le pronunce n. 466 del 2000, n. 419 e 420 del 2005 e da ultimo ancora n. 28 del 2006, ma persiste a ritenere che, allo stato, non si configuri il fondamento dell'affermata inammissibilità delle questioni a suo tempo sollevate e dunque la sussistenza di un mero dissenso in giurisprudenza, come tale suscettibile di diversa evoluzione, da cui ha tratto fondamento l'affermata estraneità di codesta sovrana Corte al riguardo: ogni diversa lettura dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 è, infatti, in materia costantemente reletta in sede d'appello, il che accredita la totale ed ormai incondizionata preclusione da parte del Consiglio di Stato ad una diversa lettura della suddetta norma.

Alla stregua, pertanto, dei richiamati precedenti l'espressione alfanumerica del voto è ormai ritenuta capace di soddisfare pienamente la necessità di una sufficiente motivazione senza che da siffatta espressione ogni candidato non ammesso agli orali possa peraltro comprendere dove abbia sbagliato e quali errori possano e debbano essere emendati in una successiva tornata d'esami di abilitazione.

L'orientamento del Consiglio di Stato deve, quindi, essere ormai qualificato come diritto vivente e valgano al riguardo le pronunce della sez. IV n. 6155 del 2004, n. 4165 del 2005, n. 1009 del 2007, n. 2221 del 2007, n. 5855 del 2006, n. 9348 del 2006, n. 6507 del 2006, n. 25 del 2007, n. 4657 del 2007; della sez. V n. 163 del 1989; della sez. VI n. 14 del 1999; del Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana n. 236 del 2004; nonché dei TT.AA.RR. che, a fronte di tante cassazioni delle opposte pronunce, hanno ormai desistito da ogni ulteriore sforzo per una diversa e più appagante lettura dell'ordinamento.

Rafforza la suesposta conclusione il fatto che, seppure il d.l. 21 maggio 2003, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 luglio 2003, n. 180 al suo art. 1-bis (ma *cfr.* anche l'art. 22, nono comma del r.d.l. n. 1578 del 1933) abbia innovativamente introdotto alcuni criteri di valutazione delle prove d'esame in discussione, tale precetto non pare essere stato recepito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, seppure con riferimento ai pubblici concorsi, ha statuito che «la predeterminazione dei criteri di valutazione delle prove a posti di pubblico impiego non può essere considerata elemento imprescindibile ai fini della legittimità della procedura, trattandosi di attività riservata alla discrezionalità dell'Amministrazione, rispetto alla quale il sindacato di legittimità è estremamente ristretto» per cui i «la mancanza od indeterminazione di tali criteri non può di per sé comportare l'illegittimità del concorso e delle valutazioni in esso formulate quando i giudizi espressi per i singoli candidati non presentino aspetti di irrazionalità e di violazione della par condicio» (Cons. Stato, sez. V, n. 14 dicembre 2006, n. 7116; sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6250).

Il tribunale non è persuaso delle argomentazioni sopra svolte, osservando che, per comune insegnamento, la materia dei giudizi nei concorsi e nelle prove di abilitazione, non pare ascrivibile all'area della discrezionalità amministrativa nel pregnante significato suo proprio, quale ponderata scelta alternativa del mezzo maggiormente soddisfattivo dell'interesse pubblico, ma che, avendo detti giudizi ad oggetto la sufficienza o l'insufficienza delle ridette prove scritte come pure la loro completezza od incompletezza ovvero il loro illogico e non argomentato svolgimento, essi coinvolgono concetti giuridici a contenuto indeterminato che, ancorché riassunti nell'imprecisa ed ambigua formula

della «discrezionalità tecnica», che altri classificherebbero come un elegante ossimoro, ben sarebbero passibili di un riscontro di piena cognizione, non potendo essere diversamente giustiziabile la pretesa dei candidati, diametralmente opposta a quella, peraltro totalmente immotivata, delle Commissioni esaminatrici.

Non appare perverso un mero accidente, privo di ogni rilevanza sul piano processuale, il fatto che l'art. 44 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, così come novellato dall'art. 1, comma 2, della legge 21 luglio 2000, n. 205, preveda che la decisione sui mezzi istruttori, ben diversamente dall'acquisizione meramente cartolare di un tempo, comprenda anche a consulenza tecnica d'ufficio per l'accertamento della legittimità di ogni questione positivamente sottratta all'area della riserva amministrativa.

Né per converso sembra possibile aderire alla concorrente argomentazione che si fa inesattamente discendere in detto orientamento dalla nozione di discrezionalità, affermandosi contraddittoriamente che il riscontro dei visti giudizi negativi espressi dalle Commissioni di concorso o di abilitazione sarebbe sottoposto ad un «sindacato» estremamente ristretto, quando si persiste a negare ogni possibilità che tale pur limitato controllo sulla denunciata irrazionalità di essi o sulla violazione della *par condicio* possa configurarsi ed essere concretamente esercitato sulla base di una motivazione di cui si attesta nel contempo la totale superfluità (cfr. ancora *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2007, n. 1794, sez. VI, 26 maggio 2006, n. 3147; T.a.r. Lazio Roma, sez. I, 3 luglio 2007, n. 5941).

Quanto ad una potenziale diversa riflessione sulla questione all'esame non consta, poi, essere stato sotto alcun profilo valorizzato il sopravvenuto art. 11, comma 5, del d.lgs. 24 aprile 2006, n. 166, che del tutto analogamente a quanto stabilito dall'originaria formulazione del d.P.R. 9 agosto 1994, n. 487 quando, cioè, la norma prescriveva la «motivazione del punteggio» e dunque antecedentemente alla modifica richiesta dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato con avviso del 9 novembre 1995, n. 120, ha stabilito per lo svolgimento dei concorsi notarili l'obbligo della motivazione per i giudizi di non idoneità, sostituito dal solo voto nell'opposta ipotesi di idoneità e dunque di ammissione alle prove orali dei candidati.

2. — Per quanto più direttamente concerne la presente controversia la questione di legittimità costituzionale che si solleva appare, anzitutto, rilevante nella vicenda all'attenzione del Collegio, atteso che, dovendosi altrimenti fare applicazione del richiamato «granitico» indirizzo del Consiglio di Stato, pena l'annullamento della relativa sentenza su appello dell'Avvocatura distrettuale dello Stato, il ricorso dovrebbe essere altrimenti respinto in toto.

Nell'ipotesi invece che gli artt. 22, nono comma del r.d.l. n. 1578 del 1933 e 17-*bis*, 22, 23 e 24, primo comma del r.d. n. 37 del 1934, richiamati dalla ricorrente nell'atto introduttivo fossero suscettibili di un'interpretazione orientata al rispetto delle norme costituzionali, volta a far emergere l'obbligo di una congrua motivazione, il ricorso potrebbe essere accolto per la denunciata violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che alle richiamate norme sovrapporrebbe il vincolo indotto dal generalissimo principio ivi enunciato per la retta redazione di ogni atto o provvedimento amministrativo.

Con riguardo, poi, alla non manifesta infondatezza della stessa questione questa deve essere riguardata, a parere del remittente Collegio, alla luce dei precetti di cui agli artt. 24, primo e secondo comma, 111, primo e secondo comma, 113, primo comma in associazione a quanto stabilito dall'art. 117, primo comma della Costituzione.

Quanto al principio di effettività della tutela giurisdizionale, proclamato dall'art. 24, primo e secondo comma e, con riguardo all'esercizio della giurisdizione amministrativa, dall'art. 113, primo comma della Costituzione giova osservare che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha progressivamente e costantemente valorizzato il dogma della sufficienza del voto alfanumerico immediatamente dopo il richiamato parere 9 novembre 1995, n. 120 dell'Adunanza generale con cui è stata richiesta la modifica dell'art. 12, primo comma del d.P.R. 9 agosto 1994, n. 487, disciplinante in via generale l'accesso per concorso al pubblico impiego, che prescriveva espressamente e puntualmente «la motivazione del punteggio», cui ha successivamente dato corso il Governo con d.P.R. 30 ottobre 1996, n. 693, tramite la sostituzione dell'espressione «assegnazione del punteggio» a quella antecedente; e ciò proprio a seguito dell'ivi argomentata sufficienza del voto alfanumerico.

La suddetta novella, a seguito della quale le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato hanno poi dato negli anni successivi coerente seguito, appare dunque di tutto rilievo, essendo stata così espunta dal tessuto dell'ordinamento l'unica disposizione in grado di positivamente infirmare la teoria del voto alfanumerico; altrettanto rilevante appare, inoltre, il richiamato avviso dell'Adunanza generale per il fatto che sia stato in tale occasione fornito da parte di un organo consultivo a composizione astrattamente totalitaria ex art. 17 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 un assai autorevole avviso, di per sé potenzialmente capace di escludere in prosieguo ogni diversa lettura della norma anche in sede giurisdizionale in applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Il fondamento della richiesta di modifica rivolta al Governo traspare, poi, apertamente dalle argomentazioni svolte nel visto parere dell'Adunanza generale, che non ha dissimulato l'avvertita preoccupazione che l'altrimenti incombente

obbligo della motivazione in capo alle commissioni esaminatrici potesse costituire problemi organizzativi di non agevole soluzione con conseguente allungamento dei tempi di correzione degli elaborati ben oltre il termine di sei mesi stabilito dall'art. 11, quinto comma dello stesso regolamento.

La valorizzazione dei principi, oltre che d'imparzialità, di economicità e di celerità di espletamento delle procedure concorsuali, ha trovato dunque una corrispondente risposta nella suddetta modifica dell'art. 12, comma 1, del richiamato d.P.R. n. 487 del 1994, in ciò pensosamente assicurandosi piena applicazione al principio di buon andamento stabilito dall'art. 97 della Costituzione.

In tale statuizione e nel successivo orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato pare, tuttavia, che sia rimasta negletta la diversa, ma non meno rilevante esigenza della trasparenza dei giudizi formulati dalle commissioni esaminatrici e che, quindi, nel confronto con l'art. 97 della Costituzione, fatto proprio nell'esercizio della sua primaria funzione da parte del Consiglio di Stato *ex art.* 100 della Costituzione, sia rimasto recessivo il diverso principio tratto dai richiamati artt. 24, primo e secondo comma e 113, primo comma della Costituzione, che altrettanto puntualmente proclamano il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Traendo le conseguenze dalle svolte argomentazioni sembra arduo dubitare che, se l'affermazione che il voto alfanumerico sia espressione sintetica, ma completa del giudizio, essa appaia tanto perentoria quanto insoddisfacente, restando per tale via impedito lo svolgersi di un successivo giusto processo, posto che le commissioni esaminatrici continuano a conservare ingiustificatamente un'area di impenetrabile insindacabilità a fronte dell'affermata preclusione di ogni potenziale verifica degli eventuali vizi della motivazione di volta in volta addotta.

Per questo aspetto viene conseguentemente in considerazione l'art. 22 del r.d. n. 1578 del 1933, come modificato dal d.l. n. 112 del 2003 e dalla sua legge di conversione.

Tale disposizione, al nono comma, stabilisce espressamente che «la commissione istituita presso il Ministero della giustizia definisce i criteri per la valutazione degli elaborati scritti», che devono essere comunicati alle varie Sottocommissioni: fra tale criteri, devono comunque essere sempre presenti i seguenti:

- a) chiarezza, logicità e rigore metodologico dell'esposizione;
- b) dimostrazione della concreta capacità di soluzione di specifici problemi giuridici;
- c) dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati;
- d) dimostrazione della capacità di cogliere eventuali profili di interdisciplinarietà;
- e) relativamente all'atto giudiziario, dimostrazione della padronanza delle tecniche di persuasione.

A tale stregua non è dato davvero comprendere quale significato possa avere la norma in questione, che vincola le commissioni a fissare criteri per la valutazione delle prove d'esame, ove non concorra per la verifica dell'applicazione dei suddetti criteri, nessuno di essi escluso, il correlativo obbligo di motivazione dei giudizi formulati sugli elaborati dei candidati.

Con riguardo, poi, all'ulteriore profilo di legittimità costituzionale che pare configurarsi, occorre osservare che, in base a quanto stabilito dall'art. 111, primo e secondo comma della Costituzione «la giurisdizione si attua con il giusto processo regolato dalla legge», che «si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale»: sotto questo profilo la ragione del dubbio della costituzionalità delle suddette norme, siffattamente interpretate e necessariamente leggibili in base al «diritto vivente» elaborato negli anni dal Consiglio di Stato, trae alimento nella circostanza già più sopra ad altri fini sottolineata che, in un siffatto quadro, sia radicalmente esclusa ogni possibilità che siano garantiti il diritto di difesa in giudizio e dunque le regole coesenziali al giusto processo con preclusione per la giustiziabilità della stessa pretesa avanzata in sede giurisdizionale: non potendo, infatti, applicarsi la regola che, a fronte di un giudizio negativo espresso nei confronti di un soggetto, quest'ultimo non sia verificabile neppure sotto l'angusto profilo della sua motivazione appare concorrentemente viziato il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Altrettanto manifestamente non infondata appare la stessa questione alla luce dell'art. 117, primo comma della Costituzione, posto che, seppure l'art. 111, primo e secondo comma abbia pacificamente introdotto nel nostro ordinamento i principi del giusto processo come statuiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali a tutti i processi nazionali e non soltanto a quelli coinvolgenti i diritti convenzionalmente tutelati, l'art. 117, primo comma fa obbligo allo Stato di esercitare la potestà legislativa nel rispetto dei vincoli derivanti dal diritto comunitario e dagli obblighi internazionali.

Sotto questo aspetto è sufficiente dunque richiamare quanto statuito da codesta sovrana Corte con le sentenze 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, con le quali è stata attratta alla competenza di codesta sovrana Corte ogni questione

inerente alla retta applicazione nell'ordinamento nazionale della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 e cui è stata data esecuzione con legge 4 agosto 1955, n. 848, nonché del suo Protocollo addizionale firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

Nella specie la questione sopra illustrata appare, infatti, non manifestamente infondata anche alla luce delle regole del giusto processo e del principio della sua effettività, la cui violazione, ove non sanzionata da codesta sovrana Corte, renderebbe la pronuncia di conseguente reiezione da parte di questo tribunale direttamente ricorribile *per saltum* davanti alla Corte europea di Strasburgo.

Sul fondamento delle argomentazioni che precedono ed alla stregua della rilevanza e della reputata non manifesta infondatezza della questione prospettata si rimette la sua definizione alla Corte costituzionale con sospensione del presente giudizio.

P. Q. M.

Letto l'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87, dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24, primo e secondo comma, 111, primo e secondo comma, 113 primo comma e 117, primo comma della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 22, nono comma del r.d.l. 23 novembre 1933, n. 1578, convertito dalla legge 22 novembre 1934, n. 36 e di cui agli articoli 17-bis, 22, 23 e 24, primo comma del r.d.l. 23 gennaio 1934, n. 37, nella parte in cui non prevedono l'obbligo di giustificare e/o motivare il voto verbalizzato in termini alfanumerici in occasione delle operazioni di valutazione delle prove scritte d'esame per l'abilitazione alla professione forense.

Sospende medio tempore il presente giudizio nella parte ancora non definita, con rinvio al definitivo per ogni ulteriore statuizione in rito nel merito e sulle spese di lite.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Ordina che, a cura della segreteria del tribunale, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento. Dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della conseguente pronuncia da parte della Corte costituzionale decorre il termine perentorio di mesi 6 per la riassunzione in questa sede del giudizio.

Così deciso in Trento, nella Camera di consiglio del 17 gennaio 2008.

Il Presidente estensore: MARIUZZO

08C0647

N. 262

Ordinanza del 31 marzo 2008 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sul ricorso proposto dalla Polispecialistica Bios S.r.l. contro Azienda U.S.L. n. 5 di Crotone ed altri

Sanità pubblica - Prestazioni specialistiche e di diagnostica di laboratorio rese da strutture private accreditate - Obbligo dell'applicazione di uno sconto tariffario rispettivamente del 2 e del 20 per cento sulle tariffe di cui al decreto del Ministro della sanità 22 luglio 1996 - Incidenza sui principi di tutela della salute, di libertà di iniziativa economica privata e di buon andamento della pubblica amministrazione - Violazione della sfera di competenza regionale per la diretta determinazione delle tariffe in luogo della previsione di criteri per la determinazione delle stesse.

- Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 796, lett. o).
- Costituzione, artt. 24, 32, 41, 97, 113 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente sentenza sul ricorso n. 3703 del 2007 proposto dalla Polispecialistica Bios S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Cristina Lenoci ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via Cola di Rienzo n. 271;

Contro l'Azienda unità sanitaria locale n. 5 di Crotone e la Regione Calabria, non costituite in giudizio; il Ministero della salute ed il Ministero dell'economia e delle finanze ciascuno in persona del rappresentante legale in carica e rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, in Roma, via dei Portoghesi, 12; e nei confronti del Laboratorio analisi cliniche LAB S.r.l., non costituito per l'annullamento della nota del direttore generale dell'AUSL Crotone 5 n. 000794 del 21 marzo 2007 avente ad oggetto «Piano annuale preventivo»; della deliberazione della Giunta regionale della Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 e per quanto di interesse, del decreto del 12 settembre 2006 del Ministro della salute adottato di concerto con il Ministro dell'economia avente ad oggetto «Ricognizione e primo aggiornamento delle tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni sanitarie» e, ove occorra, della delibera della G.R. della Calabria n. 93 del 13 febbraio 2007; la circolare a firma del dirigente del settore Dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie del 29 dicembre 2006 prot. 28593 e la deliberazione della medesima autorità del 6 maggio 2006 recante l'approvazione dello schema tipo di accordo/contratto anno 2006 - Assistenza sanitaria; e per il risarcimento del danno subito e subendo dalla ricorrente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti della causa;

Nominato relatore all'udienza pubblica del 17 ottobre 2007 il consigliere dott.ssa Linda Sandulli e sentiti gli avvocati come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

F A T T O

La società Bios, struttura accreditata con il S.S.N. che eroga prestazioni di specialistica ambulatoriale di diagnostica di laboratorio impugna, chiedendone l'annullamento, i provvedimenti regionali e dell'Azienda sanitaria intimata con i quali sono state determinate le tariffe delle prestazioni di specialistica ambulatoriale mediante il richiamo all'art. 3, comma 1 del d.m. 12 settembre 2006 ed è stato ridotto del 5% rispetto all'anno 2006 il volume delle prestazioni e il relativo budget ed è stato imposto l'obbligo di praticare uno sconto del 20% sugli importi indicati nel d.m. della salute del 1996 per le medesime prestazioni di diagnostica di laboratorio.

Si duole, inoltre, della determinazione che stabilisce che nel caso in cui le prestazioni di assistenza ospedaliera, di assistenza specialistica ambulatoriale e residenziale e semiresidenziale dovessero superare i limiti massimi di spesa rispettivamente stabiliti per ciascuna azienda sanitaria non sorgerebbe alcun diritto alla remunerazione ai sensi della sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2006.

Deduce i seguenti motivi:

1) Illegittimità del decreto ministeriale (salute di concerto con economia e finanze) del 12 settembre 2006 nella misura in cui costituisce fonte dei provvedimenti regionali e dell'azienda sanitaria. Illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796 lettera o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e conseguentemente dei provvedimenti regionali e dell'azienda sanitaria applicativi.

2) In particolare per quello che riguarda il d.m. indicato al punto precedente: violazione di legge, del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della p.a. di cui all'art. 97 della Costituzione. Violazione dell'art. 41 della Costituzione. Violazione ed elusione del principio del «giudicato». Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, commi 170 e 171, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 8-sexies, comma 5, del d.lgs. 30 dicembre 1992, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299. Violazione del «Patto per la Salute» del 28 settembre 2007. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; incongrua motivazione; contraddittorietà; disparità di trattamento; illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

3) Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità che portano alla realizzazione del giusto procedimento ex art. 97 della Costituzione. Violazione degli artt. 3, 24, 32, 41, 72, 81, 113, 117, 118 e 121 della Costituzione. Illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lettera o) della legge n. 296 del 27 dicembre 2006.

4) Illegittimità derivata della nota del D.G. ASL Crotona 5 del 21 marzo 2007, della deliberazione della G.R. Calabria dell'8 marzo 2007 n. 169 e della circolare del dirigente del dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie della regione Calabria prot. 28593 del 29 dicembre 2006.

5) illegittimità autonoma della nota del D.G. ASL Crotona 5 del 21 marzo 2007, della deliberazione della G.R. Calabria 8 marzo 2007, n. 169 e della circolare del dirigente del Dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie della Regione Calabria prot. 28593 del 29 dicembre 2006.

6) Violazione di legge, del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della p.a. di cui all'art. 97 della Costituzione. Violazione dell'art. 41 della Costituzione. Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata applicazione degli artt. 8-*quinqües* e *sexies* del d.lgs. 30 dicembre 1992, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299. Violazione degli artt. 21-*quinqües*, 21-*octies* e *nonies* della legge n. 241 del 1990, eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; incongrua motivazione; contraddittorietà; disparità di trattamento; illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

7) Violazione di legge, del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della p.a. di cui all'art. 97 della Costituzione. Violazione dell'art. 41 della Costituzione. Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata applicazione degli artt. 8-*quinqües* e *sexies* del d.lgs. 30 dicembre 1992, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299. Violazione ed errata applicazione dell'art. 1 della l.r. n. 30 del 2003 e dell'art. 2 della l.r. n. 2/2005. Violazione e mancata e/o errata applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; incongrua motivazione; contraddittorietà; disparità di trattamento; illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

Viene, inoltre, dedotta, l'illegittimità derivata della delibera della giunta regionale gravata, sotto diverso profilo, in quanto volta a dare continuità agli indirizzi economico funzionali contenuti nella delibera della G.R.C. n. 334 del 2006 impugnata avanti al T.a.r. Catanzaro con ricorso n. 961 del 2006 di cui si ripropongono i motivi.

Si sono costituite le amministrazioni statali intime.

Con memoria i ricorrenti hanno ribadito tesi e ragioni.

All'udienza del 17 ottobre 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

D I R I T T O

Preliminarmente, va dichiarata l'inammissibilità dell'impugnativa nella parte in cui viene denunciata l'illegittimità della delibera n. 169 dell'8 marzo 2007 della Giunta regionale della Regione Calabria, derivata da una precedente delibera della medesima Giunta regionale parimenti ritenuta illegittima e gravata con distinto ricorso avanti al T.a.r. della Calabria, sezione di Catanzaro.

La delibera della Giunta regionale della Regione Calabria di cui si deduce l'illegittimità originaria risulta gravata con ricorso pendente avanti a quel tribunale amministrativo e la riproposizione degli stessi motivi di ricorso non può essere ritenuta come nuovo ricorso in quanto, anche a prescindere dalle forme e dalla ritualità di questi ultimi, il Laboratorio ricorrente incorrerebbe nel divieto del *ne bis in idem*.

Ne consegue che la delibera della Giunta regionale della Regione Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 verrà valutata dal Collegio in relazione a tutta la parte restante del ricorso compresa la dedotta illegittimità derivata di essa per vizio del d.m. salute del settembre 2006.

Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati il decreto del Ministero della sanità con il quale sono state fissate le tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni sanitarie di specialistica ambulatoriale, i provvedimenti regionali e aziendali successivi ed è stata eccepita l'incostituzionalità della legge n. 296 del 2006, art. 1, comma 796.

Con riferimento al decreto ministeriale su indicato rileva il Collegio che in primo luogo, non sia dubitabile la lesività dell'atto impugnato, anche se in esso si prevede che le regioni possono fissare tariffe più elevate di quelle previste a carico del Servizio sanitario nazionale.

A prescindere infatti dalla circostanza di fatto che non risulta che la regione si sia avvalsa di tale facoltà, ma che al contrario si sia adeguata ad esse, deve, in ogni caso, essere considerato che eventuali aumenti di tariffe avrebbero comportato la necessità di finanziare col proprio bilancio tali aumenti sicché appare evidente che i parametri tariffari stabiliti dall'amministrazione statale costituiscono un punto fermo ed un orientamento preciso per le regioni, mentre tariffe massime più elevate, possibili sul piano teorico, costituiscono nella fattispecie una mera eventualità.

Inoltre, le tariffe fissate dal Ministero della salute costituiscono un chiaro condizionamento del comportamento regionale il quale, a tariffe più elevate ha minore necessità di adottare provvedimenti con onere a suo carico.

Il ricorso nel merito, relativamente alla parte in esame, è fondato e deve essere accolto.

I ricorrenti contestano in primo luogo la determinazione contenuta al primo comma lett. a) dell'art. 3 di detto decreto che testualmente recita: «le tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale a carico del Servizio sanitario nazionale sono quelle individuate dal decreto del Ministro della sanità del 22 luglio 1996 «Prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e relative tariffe».

La censura di difetto d'istruttoria e di motivazione e di violazione dell'art. 8-sexies, comma 5 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, introdotto dall'art. 8, comma 4 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 e dell'art. 1 comma 170 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, appare fondata.

In primo luogo il decreto qui impugnato richiama e rende ora applicabili le tariffe determinate con un decreto ministeriale che risulta annullato in sede giurisdizionale dal Consiglio di Stato, con sentenza della sez. IV 29 marzo 2001, n. 1839, e ciò a prescindere dalla questione, peraltro poco comprensibile, posta dalla difesa dell'amministrazione sulla possibilità di far rivivere solo le tariffe e non il decreto in quanto caducato. Più precisamente, il Collegio rileva che il principale difetto istruttorio deriva dal fatto che l'atto impugnato non dà minimamente conto di tale questione.

Sembra, a tale riguardo, che la vicenda appena descritta sia stata ignorata dall'amministrazione che ha provveduto senza avere conoscenza dell'annullamento giurisdizionale, ovvero perché riteneva comunque possibile, nonostante l'annullamento, far rivivere dette tariffe. Resta, pertanto, evidente il difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento sotto tale profilo.

Peraltro tale circostanza ha condotto l'amministrazione ad incorrere negli stessi vizi rilevati dal Consiglio di Stato, che, in buona sostanza aveva evidenziato un difetto di istruttoria nella determinazione delle tariffe per mancata applicazione dei precisi criteri dettati dallo stesso Ministero col d.m. 15 aprile 1994, all'art. 3 ove si dice espressamente che le tariffe devono essere fissate sulla base del costo standard di produzione e dei costi generali, in quota percentuale rispetto ai costi standard di produzione e si dettano al comma 2 criteri assai dettagliati per calcolare le componenti del costo standard.

Premesso che già il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabili al decreto ministeriale di fissazione delle tariffe allora impugnato i criteri contenuti nel d.m. del 1994, deve osservarsi che il dubbio non è proponibile nella presente fattispecie, in quanto nelle premesse del decreto qui impugnato si richiama espressamente il d.m. sanità 14 aprile 1994, con ciò dandosi conto del fatto che la stessa amministrazione resistente ritiene tale atto ancora in vigore ed applicabile al caso in esame.

Peraltro la necessità (logica) di fissare le tariffe massime tenendo conto dei costi di produzione standard e delle quote standard dei costi generali, risulta ora recepito in norma di legge chiara, quale l'art. 8-sexies, comma 5, del d.lgs. n. 502/1992, introdotto dall'art. 8, comma 4 del d.lgs. n. 229/1999.

Sinteticamente il principio si trova anche nell'art. 1, comma 170 della legge finanziaria 30 dicembre 2004, n. 311.

Ora, che l'amministrazione non abbia seguito i suddetti criteri e non abbia quindi effettuato una analitica istruttoria sui costi di produzione, prima di determinare le tariffe massime da remunerare tramite Servizio sanitario nazionale, lo dimostra sia la circostanza che non è stato prodotto in giudizio nessun atto istruttorio di tal genere, sia, soprattutto il fatto che il provvedimento richiama puramente e semplicemente un atto di dieci anni prima, la cui istruttoria, ammesso che potesse considerarsi allora adeguata (a prescindere dalla circostanza che detto atto è stato annullato dal Giudice amministrativo proprio per difetto istruttorio), avrebbe sicuramente avuto necessità di un aggiornamento di verifica per valutare la congruità dei costi di dieci anni prima (basterebbe al riguardo richiamare il «fatto notorio» del cambiamento valutario che ha comportato un significativo aumento generalizzato dei costi).

Con altra sentenza di questa sezione (n. 522 del 24 gennaio 2008) è stato poi rilevato, in relazione alla circostanza fatta valere dai ricorrenti in quel ricorso, che il provvedimento impugnato non reca alcuna motivazione per superare il parere contrario della Conferenza Stato-regioni.

Ed è stato affermato che, se: «È pur vero che l'originaria previsione contenuta nel citato art. 8-*sexies*, comma 5 dell'obbligo di intesa del Ministro della sanità con la Conferenza è stata poi modificata in mero parere obbligatorio dall'art. 1, comma 170 della finanziaria per il 2005, tuttavia appare evidente la necessità comunque di motivare, seppure sinteticamente, sulle ragioni che hanno condotto l'amministrazione agente a disattendere il parere di un così importante organo (col quale in precedenza era necessaria l'intesa), anche se i profili attenevano, almeno secondo quanto affermato nell'atto dall'amministrazione, alla opportunità».

Nei termini sopra indicati il d.m. salute 12 settembre 2006 deve, pertanto, essere annullato *in parte qua*.

Ciò comporta l'annullamento, per illegittimità derivata dei successivi atti regionali.

In particolare, la deliberazione della giunta regionale dell'8 marzo 2007, n. 169, e la precedente circolare 28593 del 29 dicembre 2006 sui primi indirizzi, premessa la necessità di adeguare le proprie tariffe a quanto stabilito col d.m. salute 12 settembre 2006 approva il sistema di finanziamento e di remunerazione delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale erogate da soggetti erogatori pubblici, equiparati e privati accreditati, così come descritto nell'allegato 3 ove si stabilisce che per il triennio 2007-2009 «il tariffario applicato alle prestazioni di specialistica ambulatoriale è quello previsto dal d.m. 12 settembre 2006 che, per le prestazioni di diagnostica di laboratorio verrà applicato a decorrere dal 1° giugno 2007»; «il sistema di finanziamento delle prestazioni viene determinato applicando lo sconto del 20% sulle prestazioni di laboratorio di analisi e del 2% sulle restanti branche», ciò in base a quanto disposto con la finanziaria per il 2007 all'art. 1, comma 796 lett. o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

Orbene, considerato che le tariffe regionali recepiscono e fanno esplicito riferimento al d.m. salute 12 settembre 2006, deve ritenersi fondato il primo profilo di gravame relativo alla illegittimità derivata; considerato che, come rilevato in precedenza, il suddetto decreto ministeriale è ritenuto illegittimo per i profili sopra evidenziati al punto 1 e che tale illegittimità si riverbera sugli atti regionali che di esso fanno diretta applicazione, non venendo minimamente qui in rilievo il d.m. 22 luglio 1996.

2. — La delibera regionale sopra riferita reca anche la disposizione, secondo quanto prima detto, del seguente tenore: «il sistema di finanziamento delle prestazioni viene determinato applicando lo sconto del 20% sulle prestazioni di laboratorio di analisi e del 2% sulle restanti branche».

Trattasi all'evidenza dell'applicazione diretta della norma contenuta nell'art. 1, comma 796, lett. o) della legge finanziaria 27 dicembre 2006, n. 296.

La contestazione di tale disposizione regionale non può quindi che passare attraverso una eventuale questione di costituzionalità della suddetta disposizione di legge, ove ritenuta non manifestamente infondata; per tale motivo esse appare rilevante ai fini del decidere.

Ed infatti al riguardo il Collegio, richiamata l'ordinanza del T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 19 ottobre 2007, n. 3631 che ha già rimesso alla Corte costituzionale detta questione, ritiene che la succitata norma di legge presenti profili di violazione di norme costituzionali.

Per ciò che attiene quindi alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, il Collegio ritiene che le norme censurate siano confliggenti con gli artt. 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 Costituzione, per le seguenti ragioni.

2.1.1. — In primo luogo la norma rende applicabile un decreto ministeriale, quello del 22 luglio 1996 che era stato annullato con la sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato, n. 1839 del 29 marzo 2001 ormai coperta da giudicato.

Appare evidente la sovrapposizione della legge ad un giudicato formatosi già da tempo, con palese violazione degli articoli 24 e 113 della Costituzione.

È noto infatti il principio più volte affermato dalla Corte costituzionale (*cf.* da ultimo ad es. sentenza 15 luglio 2005, n. 282) secondo il quale l'emanazione di leggi incontra una serie di limiti che attengono alla salvaguardia di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari delle norme e dello stesso ordinamento, tra i quali il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di uguaglianza, l'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connotato nello Stato di diritto ed il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario, essendo comunque precluso al legislatore di intervenire con norme aventi portata tale da annullare gli effetti di un giudicato.

2.1.2. — Nel caso di specie, la tariffa viene fissata con legge e la relativa norma si limita ad imporre uno sconto (oltretutto del 20%) sulle tariffe vigenti, senza dare conto delle ragioni della misura fissata con ciò violando anche i principi di cui all'art. 41 Costituzione sull'iniziativa economica.

Tra l'altro, lo sconto viene applicato su tariffe molto risalenti (quelle statali rimontano al 1996) e ciò appare irragionevole, non potendosi dubitare del fatto che, in dieci anni, i costi dei fattori produttivi (si pensi, per tutti, alla remunerazione del personale) siano cresciuti, a volte anche sensibilmente.

In ogni caso, anche se per ipotesi i costi di produzione fossero rimasti costanti o addirittura diminuiti nel periodo di tempo summenzionato, ciò avrebbe dovuto risultare da una compiuta istruttoria, necessaria anche per la norma di legge quando essa si pone come provvedimento amministrativo seppure a carattere generale.

Ed in effetti, tenuto conto del fatto che il d.m. 12 settembre 2006 ha confermato le tariffe del 1996, con ciò volendo significare che quelle tariffe sono da ritenere ancora congrue a distanza di dieci anni dalla loro determinazione, non si può non rilevare la contraddittorietà del legislatore statale, il quale, dopo appena tre mesi dall'approvazione del d.m. 12 settembre 2006 — pubblicato fra l'altro nella *Gazzetta Ufficiale* del 13 dicembre 2006 — ritiene non più congrue le predette tariffe ed opera una ulteriore riduzione.

2.1.3. — Naturalmente, le difficoltà che alle strutture private derivano dall'applicazione delle regole di cui all'art. 1, comma 796, lett. o) della legge n. 296/2006 sono in grado di compromettere anche la piena esplicazione del diritto di cui all'art. 32 Costituzione, visto che le strutture private accreditate potrebbero incontrare difficoltà a garantire la piena funzionalità dei servizi, il che, in un sistema che vede la sanità pubblica non in grado di assicurare tempestivamente l'erogazione delle prestazioni sanitarie, può compromettere il diritto alla salute e il diritto di libera scelta dei cittadini-utenti. A questo riguardo, si deve sottolineare che la presenza significativa degli operatori privati nel S.S.N. risponde ad esigenze insopprimibili dell'amministrazione sanitaria, la quale non riesce, con le proprie strutture, a garantire l'erogazione delle prestazioni sanitarie a favore degli utenti, rendendo, in tal modo, impossibile sostenere, se non a scapito delle prestazioni sanitarie anche indispensabili, che le strutture private, se ritengono non convenienti le tariffe, possono «uscire» dal sistema.

Spetta invece all'amministrazione competente, previa adeguata istruttoria, decidere se rilasciare o meno l'accreditamento e stabilire annualmente il volume di prestazioni che intende acquistare dai privati; nel momento in cui rilascia l'accreditamento e fissa i tetti di spesa annuali, l'amministrazione sanitaria riconosce di aver bisogno dell'ausilio degli operatori privati, i quali, a seguito di ciò devono essere adeguatamente remunerati.

2.1.4. — La mancanza (o comunque la non allegazione) di una compiuta istruttoria dà luogo altresì ad una violazione dell'art. 97 Costituzione, in quanto la p.a. (e la cosa vale anche per il Legislatore-amministratore, ovviamente) deve sempre porre a base del proprio operato un'adeguata conoscenza dei fatti, della quale deve dare conto nella motivazione del provvedimento terminale. Nel caso della legge, naturalmente, la motivazione può anche consistere nel richiamo, espresso o implicito, ai lavori preparatori o ad altri atti (nella specie, però, l'istruttoria, che pure il Legislatore della legge n. 296/2006 ritiene necessaria, viene espressamente posticipata, il che dà luogo ad un'illogica inversione del procedimento).

2.1.5. — Da ultimo, il sistema delineato dall'art. 1, comma 796, lett. o) della legge finanziaria per il 2007, si pone in contrasto con l'art. 117 Cost., nel momento in cui lo Stato non si limita a dettare i criteri per la fissazione delle tariffe da parte delle regioni, ma le fissa direttamente. A tal proposito, pur potendosi astrattamente ritenere che le esigenze di contenimento della spesa pubblica e il conseguente potere dello Stato di dettare norme di coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, Cost.) militino nel senso della legittimità *in parte qua* della legge n. 296/2006, si deve tenere conto dei recenti arresti della Corte costituzionale in materia di limiti della legislazione statale in tema di individuazione dei settori in cui le regioni debbono operare «tagli»: il riferimento è alle note sentenze della Consulta 390 del 2004, 417 e 449 del 2005, 88 del 2006 e 157 del 2007, in cui si è ritenuto non spettare allo Stato l'individuazione dettagliata delle voci di costo dei bilanci regionali da ridurre, potendo il Legislatore statale stabilire solo i principi fondamentali della materia e, al limite, la misura delle riduzioni di spesa.

Nel caso di specie, però, il Legislatore statale non si è limitato a ciò, in quanto lo sconto del 2% e del 20% viene applicato al tariffario vigente nella sua globalità, il che è come dire che lo Stato ha rideterminato nel dettaglio le tariffe in questione.

2.1.6. — Per tutto quanto detto, non appare nemmeno utile l'invocazione, contenuta nell'*incipit* del comma 796 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007 alle esigenze di «... garantire il rispetto degli obblighi comunitari e la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica per il triennio 2007-2009, in attuazione del protocollo di intesa tra il Governo, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano per un patto nazionale per la salute sul quale la Conferenza delle regioni e delle Province autonome, nella riunione del 28 settembre 2006 ...», sia perché tali ragioni non possono essere opposte, in assenza di adeguata istruttoria, agli operatori privati, sia perché non appare costituzionalmente giustificata l'incisione di interessi privati in nome delle sempre invocate ragioni di contenimento della spesa pubblica.

Quanto alla richiesta di risarcimento del danno osserva il Collegio che il giudizio risarcitorio a seguito di lesione di interessi legittimi postula il superamento dei principi processuali classici modellati sullo schema del giudizio di impugnazione di un atto amministrativo: al privato, peraltro, non basta la deduzione, in base al principio dispositivo con metodo acquisitivo, dell'illegittimità dell'atto, essendo necessaria, in base al principio dispositivo, la dimostrazione *ex artt.* 2697 c.c. e 115 comma 1, c.p.c., degli elementi che consentano di concludere in senso a lui favorevole il giudizio sulla spettanza del risarcimento. Occorre cioè la prova del danno nella sua esistenza e nel suo ammontare (secondo le regole di cui agli artt. 1223, 1226, 1227, richiamati dall'art. 2056 c.c.) (T.a.r. Lazio Roma, sez. II, 19 marzo 2007, n. 2387).

Di conseguenza, è inammissibile la domanda di risarcimento danni avanzata, come nel caso di specie, senza che sia stata fornita la prova del danno effettivamente subito e della sua entità.

Non può, invero, essere considerato idoneo a dare la dimostrazione richiesta un semplice prospetto riepilogativo sulle prestazioni effettuate proveniente dalla parte e non sorretto dalla necessaria documentazione probatoria e non può, in ogni caso, provarsi il danno sulla base di una meccanica applicazione delle nuove tariffe.

3. — Conclusivamente il Collegio ritiene che il ricorso debba essere accolto relativamente al d.m. salute 12 settembre 2006 *in parte qua* ed alla delibera della Giunta regionale Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007, la comunicazione del direttore generale dell'AUSL Crotone 5 n. 000794 del 21 marzo 2007 e tutti gli atti ad esse relativi nella parte in cui recepiscono tale decreto; ritiene, invece, che la richiesta di risarcimento del danno debba essere dichiarata inammissibile.

Per la parte restante, il Collegio ritiene che il giudizio debba essere sospeso onde sottoporre alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lett. o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, per violazione degli artt. 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 della Costituzione.

Rinvia al definitivo la statuizione sulle spese di causa.

P. Q. M.

1) *Accoglie in parte il ricorso proposto dalla S.r.l. Polispecialistica Bios meglio specificato in epigrafe e, per l'effetto, annulla il d.m. salute 12 settembre 2006 in parte qua, nonché la delibera di giunta regionale della Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 e la nota protocollo 000794 del 21 marzo 2007 dell'AUSL di Crotone n. 5 nella parte in cui recepiscono le tariffe di cui al d.m. salute 12 settembre 2006.*

2) *Dichiara inammissibile la richiesta di risarcimento del danno.*

3) *Solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art 1, comma 796, lett. o) della legge n. 296/2006 per contrasto con gli artt. 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 della Costituzione.*

Sospende il giudizio in corso e dispone che, a cura della segreteria, gli atti del giudizio siano trasmessi alla Corte costituzionale e che il presente atto sia notificato alle parti, alla Presidenza del Consiglio dei ministri ed al Presidente della Giunta regionale della Calabria e sia comunicato ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

4) *Spese al definitivo.*

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nelle Camere di consiglio del 17 ottobre e del 14 novembre 2007.

Il Presidente: DI GIUSEPPE

Il consigliere estensore: SANDULLI

N. 263

*Ordinanza del 5 maggio 2008 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio
sul ricorso proposto dal Laboratorio analisi cliniche Perugini S.r.l. contro Azienda U.S.L. Cosenza ed altri*

Sanità pubblica - Prestazioni specialistiche e di diagnostica di laboratorio rese da strutture private accreditate - Obbligo dell'applicazione di uno sconto tariffario rispettivamente del 2 e del 20 per cento sulle tariffe di cui al decreto del Ministro della sanità 22 luglio 1996 - Incidenza sui principi di tutela della salute, di libertà di iniziativa economica privata e di buon andamento della pubblica amministrazione - Violazione della sfera di competenza regionale per la diretta determinazione delle tariffe in luogo della previsione di criteri per la determinazione delle stesse.

- Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 796, lett. o).
- Costituzione, artt. 24, 32, 41, 97, 113 e 117.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la seguente sentenza sul ricorso n. 3699 del 2007 proposto dal Laboratorio analisi cliniche Perugini S.r.l., rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Cristina Lenoci ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Roma, via Cola di Rienzo n. 271;

Contro l'Azienda Unità Sanitaria Locale Cosenza e la Regione Calabria, non costituite in giudizio; il Ministero della salute ed il Ministero dell'economia e delle finanze, ciascuno in persona del rappresentante legale in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato in Roma, via dei Portoghesi n. 12; e nei confronti del Laboratorio Analisi cliniche associato dott.ssa Alessandra Nitti, non costituito, per l'annullamento della deliberazione della Giunta regionale della Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 e per quanto di interesse, del decreto del 12 settembre 2006 del Ministro della salute adottato di concerto con il Ministro dell'economia avente ad oggetto «Ricognizione e primo aggiornamento delle tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni sanitarie» e, ove occorra, della delibera della G. R. della Calabria n. 93 del 13 febbraio 2007; la circolare a firma del dirigente del settore Dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie del 29 dicembre 2006 prot. 28593 e la deliberazione della medesima autorità del 6 maggio 2006 recante l'approvazione dello schema tipo di accordo/contratto anno 2006 - Assistenza sanitaria; e per il risarcimento del danno subito e subendo dalla ricorrente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti della causa;

Nominato relatore all'udienza pubblica del 17 ottobre 2007 il consigliere dott.ssa Linda Sandulli e sentiti gli avvocati come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

F A T T O

La società ricorrente, struttura accreditata con il S.S.N. che eroga prestazioni di specialistica ambulatoriale di diagnostica di laboratorio impugnata, chiedendone l'annullamento, i provvedimenti regionali e dell'Azienda sanitaria intimata con i quali sono state determinate le tariffe delle prestazioni di specialistica ambulatoriale mediante il richiamo all'art. 3, comma 1 del d.m. 12 settembre 2006 ed è stato ridotto del 5% rispetto all'anno 2006 il volume delle prestazioni e il relativo budget ed è stato imposto l'obbligo di praticare uno sconto del 20% sugli importi indicati nel d.m. della salute del 1996 per le medesime prestazioni di diagnostica di laboratorio.

Si duole, inoltre, della determinazione che stabilisce che nel caso in cui le prestazioni di assistenza ospedaliera, di assistenza specialistica ambulatoriale e residenziale e semiresidenziale dovessero superare i limiti massimi di spesa rispettivamente stabiliti per ciascuna azienda sanitaria non sorgerebbe alcun diritto alla remunerazione ai sensi della sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2006.

Deduce i seguenti motivi:

1) Illegittimità del decreto ministeriale (Salute di concerto con economia e finanze) del 12 settembre 2006 nella misura in cui costituisce fonte dei provvedimenti regionali e dell'azienda sanitaria. Illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lettera o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e conseguentemente dei provvedimenti regionali e dell'azienda sanitaria applicativi.

2) In particolare per quello che riguarda il d.m. indicato al punto precedente: violazione di legge, del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della p.a. di cui all'art. 97 della Costituzione. Violazione dell'art. 41 della Costituzione. Violazione ed elusione del principio del «giudicato». Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, commi 170 e 171, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 8-sexies, comma 5, del d.lgs. 30 dicembre 1992, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299. Violazione del «Patto per la Salute» del 28 settembre 2007. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; incongrua motivazione; contraddittorietà; disparità di trattamento; illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

3) Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità che portano alla realizzazione del giusto procedimento ex art. 97 della Costituzione. Violazione degli articoli 3, 24, 32, 41, 72, 81, 113, 117, 118 e 121 della Costituzione. Illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lettera o) della legge n. 296 del 27 dicembre 2006.

4) Illegittimità derivata della deliberazione della G.R. Calabria dell'8 marzo 2007, n. 169 e della circolare del dirigente del Dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie della Regione Calabria prot. 28593 del 29 dicembre 2006.

5) Illegittimità autonoma della deliberazione della G.R. Calabria 8 marzo 2007, n. 169 e della circolare del dirigente del Dipartimento tutela della salute e politiche sanitarie della Regione Calabria prot. 28593 del 29 dicembre 2006.

7) Violazione di legge, del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della p.a. di cui all'art. 97 della Costituzione. Violazione dell'art. 41 della Costituzione. Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata applicazione degli articoli 8-quinquies e sexies del d.lgs. 30 dicembre 1992, come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299. Violazione ed errata applicazione dell'art. 1 della l.r. n. 30 del 2003 e dell'art. 2 della legge regionale n. 2/2005. Violazione e mancata e/o errata applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; incongrua motivazione; contraddittorietà; disparità di trattamento; illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Sviamento.

Viene, inoltre, dedotta, l'illegittimità derivata della delibera della giunta regionale gravata, sotto diverso profilo, in quanto volta a dare continuità agli indirizzi economico funzionali contenuti nella delibera della G.R.C. n. 334 del 2006 impugnata avanti al T.a.r. Catanzaro con ricorso n. 961 del 2006 di cui si ripropongono i motivi.

Si sono costituite le amministrazioni statali intime.

Con memoria i ricorrenti hanno ribadito tesi e ragioni.

All'udienza del 17 ottobre 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

D I R I T T O

Preliminarmente, va dichiarata l'inammissibilità dell'impugnativa nella parte in cui viene denunciata l'illegittimità della delibera n. 169 dell'8 marzo 2007 della Giunta regionale della Regione Calabria, derivata da una precedente delibera della medesima Giunta regionale parimenti ritenuta illegittima e gravata con distinto ricorso avanti al T.a.r. della Calabria, sezione di Catanzaro.

La delibera della Giunta regionale della Regione Calabria di cui si deduce l'illegittimità originaria risulta gravata con ricorso pendente avanti a quel tribunale amministrativo e la riproposizione degli stessi motivi di ricorso non può essere ritenuta come nuovo ricorso in quanto, anche a prescindere dalle forme e dalla ritualità di questi ultimi, il laboratorio ricorrente incorrerebbe nel divieto del *ne bis in idem*.

Ne consegue che la delibera della Giunta regionale della Regione Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 verrà valutata dal Collegio in relazione a tutta la parte restante del ricorso compresa la dedotta illegittimità derivata di essa per vizio del d.m. Salute del settembre 2006.

Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati il decreto del Ministero della sanità con il quale sono state fissate le tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni sanitarie di specialistica ambulatoriale, i provvedimenti regionali e aziendali successivi ed è stata eccepita l'incostituzionalità della legge n. 296 del 2006, art. 1, comma 796.

Con riferimento al decreto ministeriale su indicato rileva il Collegio che in primo luogo, non sia dubitabile la lesività dell'atto impugnato, anche se in esso si prevede che le regioni possono fissare tariffe più elevate di quelle previste a carico del Servizio sanitario nazionale.

A prescindere infatti dalla circostanza di fatto che non risulta che la regione si sia avvalsa di tale facoltà, ma che al contrario si sia adeguata ad esse, deve, in ogni caso, essere considerato che eventuali aumenti di tariffe avrebbero comportato la necessità di finanziare col proprio bilancio tali aumenti sicché appare evidente che i parametri tariffari stabiliti dall'amministrazione statale costituiscono un punto fermo ed un orientamento preciso per le regioni, mentre tariffe massime più elevate, possibili sul piano teorico, costituiscono nella fattispecie una mera eventualità.

Inoltre, le tariffe fissate dal Ministero della salute costituiscono un chiaro condizionamento del comportamento regionale il quale, a tariffe più elevate ha minore necessità di adottare provvedimenti con onere a suo carico.

Il ricorso nel merito, relativamente alla parte in esame, è fondato e deve essere accolto.

I ricorrenti contestano in primo luogo la determinazione contenuta al primo comma, lettera *a*) dell'art. 3 di detto decreto che testualmente recita: «le tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale a carico del Servizio sanitario nazionale sono quelle individuate dal decreto del Ministro della sanità del 22 luglio 1996 "Prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale erogabili nell'ambito del servizio sanitario nazionale e relative tariffe"».

La censura di difetto d'istruttoria e di motivazione e di violazione dell'art. 8-*sexies*, comma 5 del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, introdotto dall'art. 8, comma 4 del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229 e dell'art. 1, comma 170 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, appare fondata.

In primo luogo il decreto qui impugnato richiama e rende ora applicabili le tariffe determinate con un decreto ministeriale che risulta annullato in sede giurisdizionale dal Consiglio di Stato, con sentenza della sez. IV 29 marzo 2001 n. 1839 e ciò a prescindere dalla questione, peraltro poco comprensibile, posta dalla difesa dell'amministrazione sulla possibilità di far rivivere solo le tariffe e non il decreto in quanto caducato. Più precisamente, il Collegio rileva che il principale difetto istruttorio deriva dal fatto che l'atto impugnato non dà minimamente conto di tale questione.

Sembra, a tale riguardo, che la vicenda appena descritta sia stata ignorata dall'amministrazione che ha provveduto senza avere conoscenza dell'annullamento giurisdizionale, ovvero perché riteneva comunque possibile, nonostante l'annullamento, far rivivere dette tariffe. Resta, pertanto, evidente il difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento sotto tale profilo.

Peraltro tale circostanza ha condotto l'amministrazione ad incorrere negli stessi vizi rilevati dal Consiglio di Stato, che, in buona sostanza aveva evidenziato un difetto di istruttoria nella determinazione delle tariffe per mancata applicazione dei precisi criteri dettati dallo stesso Ministero col d.m. 15 aprile 1994, all'art. 3 ove si dice espressamente che le tariffe devono essere fissate sulla base del costo standard di produzione e dei costi generali, in quota percentuale rispetto ai costi standard di produzione e si dettano al comma 2 criteri assai dettagliati per calcolare le componenti del costo standard.

Premesso che già il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabili al decreto ministeriale di fissazione delle tariffe allora impugnato i criteri contenuti nel d.m. del 1994, deve osservarsi che il dubbio non è proponibile nella presente fattispecie, in quanto nelle premesse del decreto qui impugnato si richiama espressamente il d.m. sanità 14 aprile 1994, con ciò dandosi conto del fatto che la stessa amministrazione resistente ritiene tale atto ancora in vigore ed applicabile al caso in esame.

Peraltro la necessità (logica) di fissare le tariffe massime tenendo conto dei costi di produzione standard e delle quote standard dei costi generali, risulta ora recepito in norma di legge chiara, quale l'art. 8-*sexies*, comma 5, del d.lgs. n. 502/1992, introdotto dall'art. 8, comma 4 del decreto legislativo n. 229/1999.

Sinteticamente il principio si trova anche nell'art. 1, comma 170 della legge finanziaria 30 dicembre 2004, n. 311.

Ora, che l'amministrazione non abbia seguito i suddetti criteri e non abbia quindi effettuato una analitica istruttoria sui costi di produzione, prima di determinare le tariffe massime da remunerare tramite Servizio sanitario nazionale, lo dimostra sia la circostanza che non è stato prodotto in giudizio nessun atto istruttorio di tal genere, sia, soprattutto il fatto che il provvedimento richiama puramente e semplicemente un atto di dieci anni prima, la cui istruttoria, ammesso che potesse considerarsi allora adeguata (a prescindere dalla circostanza che detto atto è stato annullato dal giudice

amministrativo proprio per difetto istruttorio), avrebbe sicuramente avuto necessità di un aggiornamento di verifica per valutare la congruità dei costi di dieci anni prima (basterebbe al riguardo richiamare il «fatto notorio» del cambiamento valutario che ha comportato un significativo aumento generalizzato dei costi).

Con altra sentenza di questa sezione (n. 522 del 24 gennaio 2008) è stato poi rilevato, in relazione alla circostanza fatta valere dai ricorrenti in quel ricorso, che il provvedimento impugnato non reca alcuna motivazione per superare il parere contrario della Conferenza Stato-regioni.

Ed è stato affermato che, se: «È pur vero che l'originaria previsione contenuta nel citato art. 8-*sexies*, comma 5 dell'obbligo di intesa del Ministro della sanità con la Conferenza è stata poi modificata in mero parere obbligatorio dall'art. 1, comma 170 della finanziaria per il 2005, tuttavia appare evidente la necessità comunque di motivare, seppure sinteticamente, sulle ragioni che hanno condotto l'amministrazione agente a disattendere il parere di un così importante organo (col quale in precedenza era necessaria l'intesa), anche se i profili attenevano, almeno secondo quanto affermato nell'atto dall'amministrazione, alla opportunità».

Nei termini sopra indicati il d.m. salute 12 settembre 2006 deve, pertanto, essere annullato *in parte qua*.

Ciò comporta l'annullamento, per illegittimità derivata dei successivi atti regionali.

In particolare, la deliberazione della giunta regionale dell'8 marzo 2007, n. 169, e la precedente circolare 28593 del 29 dicembre 2006 sui primi indirizzi, premessa la necessità di adeguare le proprie tariffe a quanto stabilito col d.m. Salute 12 settembre 2006 approva il sistema di finanziamento e di remunerazione delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale erogate da soggetti erogatori pubblici, equiparati e privati accreditati, così come descritto nell'allegato 3 ove si stabilisce che per il triennio 2007-2009 «il tariffario applicato alle prestazioni di specialistica ambulatoriale è quello previsto dal d.m. 12 settembre 2006 che, per le prestazioni di diagnostica di laboratorio verrà applicato a decorrere dal 1° giugno 2007»; «il sistema di finanziamento delle prestazioni viene determinato applicando lo sconto del 20% sulle prestazioni di laboratorio di analisi e del 2% sulle restanti branche», ciò in base a quanto disposto con la finanziaria per il 2007 all'art. 1, comma 796, lettera o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

Orbene, considerato che le tariffe regionali recepiscono e fanno esplicito riferimento a al d.m. salute 12 settembre 2006, deve ritenersi fondato il primo profilo di gravame relativo alla illegittimità derivata; considerato che, come rilevato in precedenza, il suddetto decreto ministeriale è ritenuto illegittimo per i profili sopra evidenziati al punto 1 e che tale illegittimità si riverbera sugli atti regionali che di esso fanno diretta applicazione, non venendo minimamente qui in rilievo il d.m. 22 luglio 1996.

2. — La delibera regionale sopra riferita reca anche la disposizione, secondo quanto prima detto, del seguente tenore: «il sistema di finanziamento delle prestazioni viene determinato applicando lo sconto del 20% sulle prestazioni di laboratorio di analisi e del 2% sulle restanti branche».

Trattasi all'evidenza dell'applicazione diretta della norma contenuta nell'art. 1, comma 796, lettera o), della legge finanziaria 27 dicembre 2006, n. 296.

La contestazione di tale disposizione regionale non può quindi che passare attraverso una eventuale questione di costituzionalità della suddetta disposizione di legge, ove ritenuta non manifestamente infondata; per tale motivo essa appare rilevante ai fini del decidere.

Ed infatti al riguardo il Collegio, richiamata l'ordinanza del T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 19 ottobre 2007, n. 3631 che ha già rimesso alla Corte costituzionale detta questione, ritiene che la succitata norma di legge presenti profili di violazione di norme costituzionali.

Per ciò che attiene quindi alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, il Collegio ritiene che le norme censurate siano confliggenti con gli articoli 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 Costituzione, per le seguenti ragioni.

2.1. — In primo luogo la norma rende applicabile un decreto ministeriale, quello del 22 luglio 1996 che era stato annullato con la sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato, n. 1839 del 29 marzo 2001 ormai coperta da giudicato.

Appare evidente la sovrapposizione della legge ad un giudicato formatosi già da tempo, con palese violazione degli articoli 24 e 113 della Costituzione.

È noto infatti il principio più volte affermato dalla Corte costituzionale (*cf.* da ultimo ad es. sentenza 15 luglio 2005 n. 282,) secondo il quale l'emanazione di leggi incontra una serie di limiti che attengono alla salvaguardia di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari delle norme e dello stesso ordinamento, tra i quali il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di uguaglianza, l'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato nello Stato di diritto ed il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario, essendo comunque precluso al legislatore di intervenire con norme aventi portata tale da annullare gli effetti di un giudicato.

2.1.2. — Nel caso di specie, la tariffa viene fissata con legge e la relativa norma si limita ad imporre uno sconto (oltretutto del 20%) sulle tariffe vigenti, senza dare conto delle ragioni della misura fissata con ciò violando anche i principi di cui all'art. 41 della Costituzione sull'iniziativa economica.

Tra l'altro, lo sconto viene applicato su tariffe molto risalenti (quelle statali rimontano al 1996) e ciò appare irragionevole, non potendosi dubitare del fatto che, in dieci anni, i costi dei fattori produttivi (si pensi, per tutti, alla remunerazione del personale) siano cresciuti, a volte anche sensibilmente.

In ogni caso, anche se per ipotesi i costi di produzione fossero rimasti costanti o addirittura diminuiti nel periodo di tempo summenzionato, ciò avrebbe dovuto risultare da una compiuta istruttoria, necessaria anche per la norma di legge quando essa si pone come provvedimento amministrativo seppure a carattere generale.

Ed in effetti, tenuto conto del fatto che il d.m. 12 settembre 2006 ha confermato le tariffe del 1996, limitatamente alle «prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale» (art. 3, comma 1, lettera a) d.m. citato) con ciò volendo significare che quelle tariffe sono da ritenere ancora congrue a distanza di dieci anni dalla loro determinazione, non si può non rilevare la contraddittorietà del Legislatore statale, il quale, dopo appena tre mesi dall'approvazione del d.m. 12 settembre 2006 — pubblicato fra l'altro nella *Gazzetta Ufficiale* del 13 dicembre 2006 — ritiene non più congrue le predette tariffe ed opera una ulteriore riduzione.

2.1.3. — Naturalmente, le difficoltà che alle strutture private derivano dall'applicazione delle regole di cui all'art. 1, comma 796, lett. o) della legge n. 296/2006 sono in grado di compromettere anche la piena esplicazione del diritto di cui all'art. 32 della Costituzione, visto che le strutture private accreditate potrebbero incontrare difficoltà a garantire la piena funzionalità dei servizi, il che, in un sistema che vede la sanità pubblica non in grado di assicurare tempestivamente l'erogazione delle prestazioni sanitarie, può compromettere il diritto alla salute e il diritto di libera scelta dei cittadini-utenti. A questo riguardo, si deve sottolineare che la presenza significativa degli operatori privati nel S.S.N. risponde ad esigenze insopprimibili dell'amministrazione sanitaria, la quale non riesce, con le proprie strutture, a garantire l'erogazione delle prestazioni sanitarie a favore degli utenti, rendendo, in tal modo, impossibile sostenere, se non a scapito delle prestazioni sanitarie anche indispensabili, che le strutture private, se ritengono non convenienti le tariffe, possono «uscire» dal sistema.

Spetta invece all'amministrazione competente, previa adeguata istruttoria, decidere se rilasciare o meno l'accreditamento e stabilire annualmente il volume di prestazioni che intende acquistare dai privati; nel momento in cui rilascia l'accreditamento e fissa i tetti di spesa annuali, l'amministrazione sanitaria riconosce di aver bisogno dell'ausilio degli operatori privati, i quali, a seguito di ciò devono essere adeguatamente remunerati.

2.1.4. — La mancanza (o comunque la non allegazione) di una compiuta istruttoria dà luogo altresì ad una violazione dell'art. 97 della Costituzione, in quanto la p.a. (e la cosa vale anche per il Legislatore-amministratore, ovviamente) deve sempre porre a base del proprio operato un'adeguata conoscenza dei fatti, della quale deve dare conto nella motivazione del provvedimento terminale. Nel caso della legge, naturalmente, la motivazione può anche consistere nel richiamo, espresso o implicito, ai lavori preparatori o ad altri atti (nella specie, però, l'istruttoria, che pure il Legislatore della legge n. 296/2006 ritiene necessaria, viene espressamente posticipata, il che dà luogo ad un'illogica inversione del procedimento).

2.1.5. — Da ultimo, il sistema delineato dall'art. 1, comma 796, lett. o) della legge finanziaria per il 2007, si pone in contrasto con l'art. 117 Cost., nel momento in cui lo Stato non si limita a dettare i criteri per la fissazione delle tariffe da parte delle regioni, ma le fissa direttamente.

A tal proposito, pur potendosi astrattamente ritenere che le esigenze di contenimento della spesa pubblica e il conseguente potere dello Stato di dettare norme di coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, Cost.) militino nel senso della legittimità *in parte qua* della legge n. 296/2006, si deve tenere conto dei recenti arresti della Corte costituzionale in materia di limiti della legislazione statale in tema di individuazione dei settori in cui le regioni debbono operare «tagli»: il riferimento è alle note sentenze della Consulta 390 del 2004, 417 e 449 del 2005, 88 del 2006 e 157 del 2007, in cui si è ritenuto non spettare allo Stato l'individuazione dettagliata delle voci di costo dei bilanci regionali da ridurre, potendo il Legislatore statale stabilire solo i principi fondamentali della materia e, al limite, la misura delle riduzioni di spesa.

Nel caso di specie, però, il Legislatore statale non si è limitato a ciò, in quanto lo sconto del 2% e del 20% viene applicato al tariffario vigente nella sua globalità, il che è come dire che lo Stato ha rideterminato nel dettaglio le tariffe in questione.

2.1.6. — Per tutto quanto detto, non appare nemmeno utile l'invocazione, contenuta nell'*incipit* del comma 796 dell'art. 1 della legge finanziaria, per il 2007 alle esigenze di «... garantire il rispetto degli obblighi comunitari e la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica per il triennio 2007-2009, in attuazione del protocollo di intesa tra il Governo, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano per un patto nazionale per la salute sul quale la

Conferenza delle regioni e delle province autonome, nella riunione del 28 settembre 2006...», sia perché tali ragioni non possono essere opposte, in assenza di adeguata istruttoria, agli operatori privati, sia perché non appare costituzionalmente giustificata l'incisione di interessi privati in nome delle sempre invocate ragioni di contenimento della spesa pubblica.

Quanto alla richiesta di risarcimento del danno osserva il Collegio che il giudizio risarcitorio a seguito di lesione di interessi legittimi postula il superamento dei principi processuali classici modellati sullo schema del giudizio di impugnazione di un atto amministrativo: al privato cioè non basta la deduzione, in base al principio dispositivo con metodo acquisitivo, dell'illegittimità dell'atto, essendo necessaria, in base al principio dispositivo, la dimostrazione *ex* articoli 2697 c.c. e 115, comma 1, c.p.c., degli elementi che consentano di concludere in senso a lui favorevole il giudizio sulla spettanza del risarcimento. Occorre cioè la prova del danno nella sua esistenza e nel suo ammontare (secondo le regole di cui agli articoli 1223, 1226, 1227, richiamati dall'art. 2056 c.c.). (T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 19 marzo 2007, n. 2387).

Di conseguenza, è inammissibile la domanda di risarcimento danni avanzata, come nel caso di specie, senza aver fornito la prova del danno effettivamente subito e della sua entità.

3. — Conclusivamente il Collegio:

1) Dichiara inammissibile il ricorso nella parte in cui viene dedotta l'illegittimità derivata della delibera della G.R. n. 169 dell'8 marzo 2007, per illegittimità della delibera della G. R. 334 del 2006 per le ragioni indicate in motivazione e con riguardo alla richiesta di risarcimento del danno;

2) accoglie il ricorso relativamente al d.m. salute 12 settembre 2006 di cui dispone l'annullamento *in parte qua* e la delibera della G.R. Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 e tutti gli atti ad essa relativi nella parte in cui recepiscono tale decreto che devono essere, parimenti, annullati;

3) sospende, per la parte restante, il giudizio e rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lettera o) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, per violazione degli articoli 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 della Costituzione.

Rinvia al definitivo la statuizione sulle spese di causa.

P. Q. M.

Dichiara inammissibile, in parte, il ricorso proposto dalla S.r.l. Laboratorio analisi cliniche Perugini per le ragioni esposte in motivazione, lo accoglie e per l'effetto annulla il d.m. salute 12 settembre 2006 e la delibera della Giunta regionale della Calabria n. 169 dell'8 marzo 2007 nella parte in cui recepisce le tariffe di cui al d.m. Salute 12 settembre 2006;

3) Solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 796, lett. o) della legge n. 296/2006 per contrasto con gli articoli 24 e 113, 32, 41, 97 e 117 della Costituzione.

Sospende il giudizio in corso e dispone che, a cura della segreteria, gli atti del giudizio siano trasmessi alla Corte costituzionale e che il presente atto sia notificato alle parti, alla Presidenza del Consiglio dei ministri ed al Presidente della Giunta regionale Calabria, e sia comunicato ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Spese al definitivo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nelle Camere di consiglio del 17 ottobre e del 14 novembre 2007.

Il Presidente: DI GIUSEPPE

Il consigliere estensore: SANDULLI

N. 264

*Ordinanza del 26 novembre 2007 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio
sul ricorso proposto da Di Maio Donato contro Ministero della Salute ed altri*

Sanità pubblica - Componenti del collegio sindacale delle ASL e delle aziende ospedaliere - Disciplina del procedimento di nomina e relative guarentigie - Mancata previsione - Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, art. 3-ter, comma 2, aggiunto dall'art. 3, comma 3 del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229.
- Costituzione art. 97.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso n. 8006/2006 R.G. proposto da Di Maio Donato, rappresentato e difeso dall'avv. Santina Bernardi, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, piazza Verbanò n. 8;

Contro il Ministero della salute in persona del Ministro *pro tempore* costituitasi formalmente in giudizio con il patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato; Azienda ospedaliera Ospedale di Circolo di Busto Arsizio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio; e nei confronti Golemme Giovanni, non costituito in giudizio; per l'annullamento *a)* della deliberazione del Dirigente generale dell'Azienda ospedaliera «Ospedale di Circolo» di Busto Arsizio n. 424 del 24 luglio 2006 (ad oggetto «Ulteriori determinazioni in ordine al Collegio sindacale») con la quale è stata disposta la sostituzione, in seno al Collegio sindacale dell'azienda stessa, del ricorrente dott. Donato Di Maio (nominato il 31 maggio 2006 e presidente del Collegio) con il dott. Giovanni Golemme, provvedendosi alla convocazione del Collegio stesso nella composizione comprendente il dott. Golemme; *b)* dei provvedimenti di cui alle note del Ministero della salute del 27 giugno 2006 (prot. GAB 6296-P/18d.n./1-2) e del 17 luglio 2006 (prot. GAB/6913-P/18d.n./1-2) con i quali si designava Giovanni Golemme a far parte del Collegio sindacale dell'Azienda Ospedaliera *sub a)*; *c)* del provvedimento di cui alla nota del Ministero della salute del 29 maggio 2006 a firma del Ministro (prot. GAB 5280/ P/18d.n.1-2) con il quale veniva disposta la revoca della designazione del dott. Donato Di Maio a componente del Collegio sindacale dell'azienda ospedaliera *sub a)* effettuata il 4 aprile 2006, «con effetto immediato qualora l'organo collegiale in questione non sia stato ancora costituito o integrato con il nominativo del designato»; *d)* di ogni altro atto ai predetti connesso o coordinato, antecedente o consecutivo, anche solo presupposto e, in particolare, degli eventuali atti e provvedimenti di insediamento del Collegio sindacale nella nuova composizione e di nomina di cariche in seno ad esso; nonché per la declaratoria del diritto al risarcimento del danno con la condanna al pagamento delle somme corrispondenti alla mancata percezione dei relativi emolumenti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dalla parte ricorrente;

Visto l'atto di costituzione e la memoria difensiva del Ministero resistente;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 4 luglio 2007 il consigliere Umberto Realfonzo; e uditi gli avvocati di cui al verbale d'udienza.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue.

F A T T O

Il ricorrente ricorda che a seguito di designazione, ai sensi dell'art. 3-ter del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (nel testo di cui al decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229), del 4 aprile 2006 del Ministero della salute, era stato nominato in data 31 maggio 2006 quale componente del Collegio sindacale dell'azienda ospedaliera «Ospedale di Circolo di Busto Arsizio». La nomina era stata comunicata dall'azienda il 1° giugno 2006 sia all'interessato che al Ministero, precisando al contempo che era stata anche fissata la data di insediamento per il giorno 14 giugno 2006.

Il giorno 5 giugno 2006 era pervenuta all'Azienda una nota del 29 maggio 2006 del Ministro della salute con la quale si comunicava che, la precedente designazione del membro in seno al Collegio sindacale effettuata il 4 aprile 2006, era revocata con effetto immediato «qualora l'organo collegiale in questione non sia stato ancora costituito o integrato con il nominativo del designato» e si precisava che, in caso di già avvenuta costituzione del Collegio, si sarebbe dovuta trasmettere via fax la relativa delibera di costituzione entro e non oltre il giorno 12 giugno 2006.

Il successivo 14 giugno 2006 il Collegio sindacale si insediava ed il ricorrente dott. Donato Di Maio veniva nominato Presidente. Nella stessa seduta era effettuata anche la verifica amministrativo/contabile del bilancio 2005.

Il 27 giugno 2006, il Ministero designava in seno al Collegio sindacale il dott. Giovanni Golemme quale sostituto del dott. Donato Di Maio, e il 3 luglio 2006, in risposta a tale designazione, all'azienda, che in un primo tempo aveva affermato che alla luce di quanto sopra, spiace dover comunicare di non poter aderire alla nuova designazione, in quanto il Collegio sindacale già è stato costituito ed insediato nonché convocato per i giorni 13 e 14 luglio pv. per adempimenti urgenti quali l'esame del CET del III trimestre 2006 e la relazione al bilancio di previsione del 2006», il Ministero aveva replicato che «atteso che la delibera di costituzione del predetto organo risulta adottata il 31 maggio 2006, data successiva a quella del provvedimento ministeriale (GAB 5280-P/78dn./1-2 del 29 maggio 2006) di ritiro della precedente designazione» e aveva altresì richiesto di conoscere «la data di insediamento del Collegio nella nuova composizione».

In esito a tale vicenda è stato emanato il provvedimento del direttore generale n. 424 del 24 luglio 2006 di «sostituzione in seno al Collegio del dott. Donato Di Maio (già nominato Presidente di tale organo) con il controinteressato.

Il ricorrente chiede l'annullamento degli atti impugnati per i seguenti capi di doglianza.

1. — Con il primo motivo si lamenta la violazione dell'art. 3-ter, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (aggiunto dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229) in base al quale i componenti del Collegio sindacale in seno alle aziende sanitarie sono successivamente nominati dalle aziende sanitarie su designazione dei Ministeri della salute e dell'economia e da altri enti pubblici. Per il ricorrente il designato diventerebbe «sindaco» a tutti gli effetti con la nomina che costituirebbe definitivamente il Collegio sindacale. Ciò sarebbe confermato anche dalla disciplina societaria codicistica (applicabile, in difetto per cui l'atto che costituisce o integra il collegio sindacale è soggetto, all'iscrizione nel registro delle imprese (artt. 2400 e 2401 c.c.). Il Collegio sindacale inoltre sarebbe costituito con la sola nomina dei suoi componenti, per cui sarebbe illegittimo ogni atto di rimozione.

In conseguenza, il Ministro della salute avrebbe potuto disporre della revoca della designazione dell'attuale ricorrente solo nel caso in cui il Collegio sindacale non fosse già stato definitivamente costituito. Il potere del Ministro si sarebbe esaurito con la designazione, per cui non poteva far cessare l'incarico.

Nel suo caso, la revoca del 29 maggio 2006 non sarebbe più stato possibile alla data della delibera di costituzione del Collegio sindacale, che era stata adottata il 31 maggio 2006, in quanto il Collegio sindacale sarebbe già costituito con tutte le nomine e quindi l'atto da revocare avrebbe esaurito completamente la sua operatività.

La sostituzione del ricorrente verrebbe a configurarsi come una atipica causa di decadenza dall'incarico non prevista né dall'art. 2400 c.c. che presuppone la «giusta causa» e né dall'art. 2401 c.c. che prevede solo i casi di morte o decadenza per il venir meno delle condizioni previste dagli articoli 2382 e 2399 c.c. (come peraltro affermato dal T.a.r. Lazio, III sez. n. 4844/2006).

2. — Con il secondo motivo si lamenta che, a fronte di una designazione fatta dal Ministero sulla base tutta fiduciaria ed *intuitu personae* e della ritenuta idoneità ad espletare l'incarico sindacale, non poteva configurarsi, anche in considerazione dell'aspettativa di diritto qualificata, un incondizionato potere di revoca *ad libitum* da parte del Ministero stesso senza nemmeno l'onere di motivare le relative ragioni.

Del resto la designazione *de qua* non è collegata a una finzione di «rappresentanza degli interessi» ed anzi, la natura delle funzioni rimesse al Collegio sindacale in termini di controllo della regolarità della gestione amministrativo-contabile, postulerebbe una posizione di terzietà, propria del Collegio sindacale, che impone che non possa configurarsi la posizione dei membri del Collegio quali «rappresentanti» dell'organismo che li ha designati.

Da quanto detto deriva l'illegittimità intrinseca degli atti impugnati pur anche rispetto ad una revoca della designazione.

3. — Infine, il ricorrente chiede il risarcimento in forma specifica avendo ancora interesse all'espletamento dall'incarico che già rivestiva in quanto esso comporta l'esercizio di funzioni qualificanti.

In via subordinata chiede infine il risarcimento del danno per equivalente, corrispondente alla mancata percezione dei relativi emolumenti.

Il Ministero della salute si è costituito formalmente in giudizio depositando alcuni atti del procedimento ed una memoria per la discussione con cui ha confutato unitariamente le tesi di controparte ed ha concluso per il rigetto.

Con ordinanza n. 5311/2006 è stata respinta l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento sul rilievo che su tratta di «incarichi pubblici conseguiti non a seguito di procedura comparativa, ma per effetto di designazione del potere politico». Tale ordinanza è stata riformata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 6189 del 28 novembre 2006.

Con memoria per l'udienza pubblica di discussione, la difesa del ricorrente, a sostegno delle proprie argomentazioni, ha ricordato due decisioni favorevoli rispettivamente del T.a.r. Brescia, sentenza n. 49/2004; e del T.a.r. Lombardia Milano, III sezione ord. n. 179/2006.

All'udienza del 4 luglio 2007 uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

D I R I T T O

1. — Deve in via pregiudiziale rilevarsi, quanto alla giurisdizione di questo t.a.r. a conoscere della presente controversia che, nel caso di specie la parte ricorrente ha impugnato i provvedimenti di nomina del Collegio sindacale ed altresì gli atti di «designazione» dei nuovi componenti ai sensi dell'art. 3, comma 13 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e s.m.i. nella parte in cui costituiscono una determinazione di «revoca» implicita dell'incarico di componente.

1.1. — Al riguardo, si osserva che gli incarichi in questione non attengono al pubblico impiego e quindi non hanno la natura di determinazioni assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 20 marzo 2001, n. 165.

La lettera del 10 comma dell'art. 3 d.lgs. n. 502 del 1992 evidenzia come tra le condizioni necessarie per la designazione e la conseguente nomina dei componenti del collegio dei revisori dei conti non risulti in alcun modo indicata la necessità di un rapporto di impiego attivo con l'amministrazione né di un qualsiasi vincolo di appartenenza con la struttura deputata al controllo della spesa pubblica (cfr. T.a.r. Lazio Roma, sez. III, 18 aprile 2007, n. 3380).

Né vale a mutare tale orientamento (ma anzi lo rafforza) il rilievo per cui l'art. 3, legge n. 145/2002 ha assimilato gli incarichi presso i collegi dei revisori di enti pubblici in rappresentanza dell'amministrazione ministeriale, a «posti di funzione» presso il Ministero vigilante competente alla designazione, in quanto l'art. 8 della legge n. 3/2003, ha previsto che la stipula del contratto individuale di lavoro avvenga con il Ministero di appartenenza e non già presso l'ente vigilato: il che conferma che con l'A.S.L. non viene a configurarsi alcun rapporto di impiego.

Pertanto, deve escludersi che la controversia possa farsi rientrare nella giurisdizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 63 del citato d.lgs. n. 165/2001 (già art. 68 del d.lgs. 1, del d.lgs. n. 29 del 1993, prima sostituito dall'art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998 ed ancora modificato dall'art. 18 del d.lgs. n. 387 del 1998).

1.2. — Sempre sotto il profilo della giurisdizione, si osserva che la presente fattispecie non può essere ricondotta a rapporti di diritto comune. E ciò in considerazione del fatto che, la disciplina delle A.s.l. al di là delle (oggi ricorrenti) denominazioni pseudo o para aziendalistiche, resta pur sempre collocata nell'area degli enti pubblici dipendenti dalle regioni, le quali esercitano poteri di controllo, di vigilanza e d'indirizzo delle attività degli organi; nominano il loro organo di vertice e, soprattutto assicurano il finanziamento dei loro bilanci.

Il Collegio sindacale delle A.S.L. infatti costituisce un peculiare paradigma procedurale di tipo pubblicistico come è dimostrato dal fatto che:

il procedimento di nomina non avviene con le ordinarie modalità di cui all'art. 2397 c.c.;

l'art. 3-ter del ricordato d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (introdotto con l'art. 3, d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229), al primo comma specifica le funzioni proprie del Collegio peculiari delle A.S.L., analogamente ma non identicamente alla disciplina privatistica;

al quarto comma il medesimo art. 3-ter si riattribuisce al nuovo collegio sindacale delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere tutti i precedenti riferimenti al collegio dei revisori contenuti nella normativa vigente, a dimostrazione della particolarità delle funzioni dell'organo.

Il che porta a dover del tutto negare che gli atti impugnati costituiscano mere espressioni dell'autonomia privata dell'A.S.L. di affidamento di incarichi professionali.

1.3. — Deve ancora escludersi che i provvedimenti in parola possano essere configurati come atti politici, come tali non impugnabili (o come dicono gli anglosassoni «not justiciable») in quanto non sono certamente la traduzione, sul piano delle istituzioni, delle supreme volontà politiche.

Nella medesima scia, essendo escluso che ai membri del Collegio sindacale possano essere affidati obiettivi strategici, deve anche escludersi che ci si trovi di fronte ad atti di «alta amministrazione» (quali i provvedimenti di nomina degli alti funzionari militari, diplomatici, prefettizi, di polizia, ecc.) per i quali vi è un onere di motivazione c.d. «attenuato».

Se nella dottrina amministrativa tradizionale gli atti di designazione erano inquadrati talvolta tra gli atti di propulsione procedimentale, altre volte erano avvicinati agli atti di giudizio, ed altre ancora erano ricondotti in ragione della natura vincolante o facoltativa delle stesse, alla categoria dei pareri, deve pure escludersi che ci si trovi di fronte ad un semplice atto endoprocedimentale non impugnabile, in quanto la designazione costituisce un sub-procedimento che, avendo un effetto diretto nella sfera soggettiva del designato, assume una sua autonoma rilevanza.

La disciplina specifica del procedimento (che parte dalla designazione e si conclude con il provvedimento di nomina del direttore generale) porta anche a dover escludere che la fattispecie possa essere ricondotta alla categoria degli incarichi professionali di servizi, per le quali dovrebbero valere le regole generali in materia di appalti di servizi di cui all'art. 124 (se sotto soglia) o di cui all'art. 54 e segg. (se sopra soglia), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Inoltre qui non vi è alcuna convenzione professionale di incarico né tra designante e designato e né tra nominato ed A.S.L.

1.5. — Tuttavia essi hanno una natura del tutto peculiare, in quanto se pure restano connotati da una notevole ampiezza del potere decisionale, ma però non devono e non possono essere del tutto svincolati dalla sfera della discrezionalità afferente al legittimo esercizio dei pubblici poteri.

Pertanto non pare esservi alcun dubbio che la presente fattispecie attenga propriamente alla giurisdizione di questo giudice in quanto afferisce all'alveo proprio dell'esercizio di pubblici poteri a fronte dei quali non si ravvisano che posizioni di interesse legittimo.

2. — Il Collegio, essendo pregiudiziale all'esame delle censure ed alla decisione del ricorso, ritiene di dover sollevare d'ufficio perchè rilevante e non manifestamente infondata, la questione di costituzionalità del secondo comma dell'art. 3-ter del ricordato d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 per contrasto con l'art. 97 Cost.

La predetta norma in particolare prevede che:

«Il collegio sindacale dura in carica tre anni ed è composto da cinque membri, di cui due designati dalla regione, uno designato dal Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, uno dal Ministro della sanità e uno dalla Conferenza dei sindaci; per le aziende ospedaliere quest'ultimo componente è designato dall'organismo di rappresentanza dei comuni. I componenti del collegio sindacale sono scelti tra gli iscritti nel registro dei revisori contabili istituito presso il Ministero della giustizia, ovvero tra i funzionari del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica che abbiano esercitato per almeno tre anni le funzioni di revisori dei conti o di componenti dei collegi sindacali.

2.1. — La rilevanza della questione deve essere ancorata al rilievo per cui la norma, non solo disciplina in misura del tutto sommaria la modalità di designazione e di nomina del Collegio, ma non specifica alcunché relativamente alle garanzie di *status* dei suoi componenti.

Nel caso in esame, in base ai principi generali, le amministrazioni precedenti hanno evidentemente mostrato di ritenere che il potere di revoca e di nuova designazione di nuovi componenti inerisse strettamente al potere di designazione.

Il Collegio, a tale proposito, non può però ignorare che, come è avvenuto nel caso di specie, tali designazioni avvengono al di fuori di una qualsiasi procedura di trasparenza e, di fatto subiscono i gravissimi condizionamenti derivanti dalle logiche di appartenenza partitica e clientelare (come dimostra la pleora di designazioni fatte *in articulo mortis* dai governi uscenti, nel bel mezzo delle campagne elettorali).

Né si può tacere il fatto che, in un'epoca di forti contrapposizioni tra schieramenti, l'espletamento di tali incarichi è talvolta addirittura utilizzato per porre in essere attività di carattere ostruzionistico ed emulativo in danno delle gestioni dell'azienda percepite come facenti capo all'avversario politico. E questo in totale spregio al fatto che i compiti dei collegi sindacali hanno natura assolutamente tecnica.

La normativa considerata, per le sue lacune, non può oggettivamente assicurare il rispetto dei valori di indipendenza ed imparzialità effettiva di tali organi.

Il rapporto che lega l'amministrazione designante, il soggetto designato, e l'A.s.l. presso cui esercita le funzioni di componente del Collegio sindacale, non concerne infatti un caso di «rappresentanza politica» in senso stretto, nei quali la scelta è effettuata *intuitus personae*, sulla base di valutazioni di coerenza con l'indirizzo di politica statale o regionale, perché i designati non fanno parte né di organi rappresentativi o elettivi del designante; e neppure hanno il compito di veicolare indirizzi politici in enti di secondo grado a carattere rappresentativo.

Neppure siamo in presenza di un caso di «delegazione di funzioni amministrative» in quanto qui l'incarico non concerne il trasferimento di attività proprie dell'ente delegante (ma al contrario si espleta soprattutto nell'interesse immediato e diretto dell'azienda controllata).

Il fenomeno appare quindi riconducibile a quella vasta area (e non del tutto delineabile in termini sistematici) della c.d. «rappresentanza istituzionale» con cui si cerca di assicurare — attraverso la partecipazione diretta di proprio rappresentante, o funzionario, o di soggetti professionali all'uopo designati — la coerenza complessiva del sistema amministrativo ed il rispetto delle norme, dei vincoli di spesa e delle politiche generali di settore.

Come sottolineato anche in fase cautelare in relazione a ricorsi consimili, il Collegio ritiene che, in un sistema nel quale la designazione è avvenuta non in base a trasparenti procedure comparative ma sulla base di una totalmente immotivata cooptazione dell'organo politico dei prescelti, non possa non essere riconosciuto al nuovo vertice politico un corrispondente potere di revocare arbitrariamente le nomine, altrettanto arbitrarie, del suo predecessore.

In assenza di un contrario precetto normativo al riguardo, deve cioè ammettersi che, nel caso di mutamento dei vertici politici o, comunque, di venir meno del rapporto fiduciario, la revoca della «rappresentanza istituzionale» del soggetto designante debba esser ritenuta — in via di principio — comunque sempre discrezionalmente ammissibile, previo l'indennizzo di cui all'art. 21-*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 (inserito dall'art. 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15) al di fuori dei casi di dimissioni decadenza o decesso. Ed in questo sta la rilevanza della questione.

2.2. — Quanto alla sua non manifesta infondatezza si osserva come le carenze della disciplina del collegio sindacale delle A.s.l. appare in ineluttabile contrasto con i principi di cui all'art. 97 della Costituzione alla luce dei principi generali di cui alle sentenze 23 marzo 2007, n. 104 ed anche 103 perché, nel silenzio della norma non può non riconoscersi che qui ricorra un potere di carattere assolutamente discrezionale sia relativamente alle modalità di individuazione dei destinatari delle nuove designazioni e sia all'*an* dell'eventuale «revoca».

La norma, nella parte in cui non si preoccupa di specificare le garanzie delle modalità di designazione dei componenti e le garanzie per il relativo esercizio, confligge naturalmente con i principi di uno stato di diritto.

In tale prospettiva, gli insegnamenti della Corte costituzionale concernenti il confine tra politica e amministrazione appaiono perfettamente calzanti (e forse addirittura più calzanti) alla fattispecie in esame.

Infatti anche la «maggioranza è vincolata ad agire senza distinzione di parti politiche al fine del perseguimento delle finalità politiche obiettivate dall'ordinamento» (*cf.* punto 2.8 sentenza n. 104 e le altre pronunce in quella colà citate).

A cagione di un manifesto e sostanziale deficit normativo, la disciplina in esame appare in contrasto con il principio di imparzialità in quanto la designazione degli interessati non è assistita da nessuna forma di procedimento volta ad assicurare la trasparenza delle scelte.

In tale direzione la proiezione dei ricordati principi costituzionali impone, sotto il profilo della garanzia di imparzialità, che la scelta degli interessati avvenga rispettivamente:

al di fuori di ogni logica politico-sindacale, in quanto il designato è chiamato ad esercitare importanti funzioni pubbliche di controllo e rappresenta l'istituzione pubblica (e non il partito che esprime il vertice politico che fa luogo alla decisione);

in base a procedure che assicurino un'adeguata pubblicità del procedimento e che consenta potenzialmente a tutti gli interessati di conseguire l'incarico;

con decisioni che siano comunque concretamente agganciate a valutazioni, sia pure ampiamente discrezionali, di elementi esponenziali della maggiore professionalità dei prescelti.

In conseguenza, a chi è stato scelto sulla base di una trasparente procedura comparativa deve essere quindi anche garantita espressamente la stabilità dell'incarico per tutto il periodo previsto, non ricorrendo alcuna necessità di assicurare la coesione politica tra organi designanti e collegi sindacali.

3. — Invece nel caso di specie, a cagione di un cono d'ombra, la norma affida ai comportamenti volontari dei singoli organi, il rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento. In definitiva dunque la disposizione in esame appare del tutto deficitaria nella parte in cui:

a) è carente di ogni indicazione circa la necessità di una procedura di selezione «tecnica e neutrale dei più capaci» che consenta cioè la designazione «indipendentemente da ogni considerazione per gli orientamenti politici dei vari concorrenti» (punto 2.8 del diritto della sentenza n. 104). Né è per contro rilevante il fatto che qui i designati siano scelti tra gli iscritti nel registro dei revisori contabili presso il Ministero della giustizia, ovvero siano individuati nel ruolo dei funzionari del Ministero dell'economia con almeno tre anni di funzioni di revisore dei conti o di componente dei collegi sindacali. Il possesso di determinate professionalità di base appare condizione necessaria per un normale

esercizio della funzione ma non è sufficiente al fine di garantire la trasparenza della designazione, in difetto della previsione di un regime di adeguata pubblicità delle relative procedure di designazione e di specifici e significativi criteri di preferenza;

b) non reca alcuna specifica disposizione *ad hoc* che inibisca una revoca *ad libitum*, in base alle regole generali, per «sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario» (per usare le parole della regola generale del citato art. 21-*octies*). Una, sia pure latente, possibilità di revoca però appare contrastare con il dettato costituzionale nella parte in cui non garantisce il «principio di continuità dell'azione amministrativa» di controllo (di cui al punto 9.2 del considerato in diritto della sentenza n. 103 citata) che, in relazione alle elementari esigenze di conoscenza della realtà dell'ente e delle problematiche specifiche del territorio, appare direttamente invocabile anche a proposito dei componenti del collegio sindacale.

La necessità di assicurare una più attuale linea di demarcazione e separazione tra politica ed amministrazione appare sicuramente sussistente anche relativamente a coloro che sono designati in funzioni di carattere amministrativo quale è quella di controllo, in rappresentanza istituzionale di altri enti ed organi.

Le procedure selettive per il conferimento e la revoca dell'incarico di componente del collegio sindacale di un A.S.L. devono conformarsi ai principi di buon andamento ed imparzialità della p.a. di cui all'art. 97 Cost. in quanto i richiamati incarichi non configurano alcun rapporto fondato sull'*intuitus personae* tra l'organo politico che conferisce un incarico ed il soggetto che lo riceve.

In base alle considerazioni che precedono, appaiono dunque sussistere sufficienti motivi per sollevare la questione di legittimità costituzionale del secondo e del terzo comma dell'art. 3-*ter* del ricordato d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 per contrasto con l'art. 97 della Costituzione.

Si dispone, pertanto, la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, con conseguente sospensione del presente giudizio ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, per la pronuncia sulla legittimità costituzionale della predetta norma.

P. Q. M.

1) *Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 3-ter del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 per contrasto con l'art. 97 della Costituzione.*

2) *In conseguenza sospende il presente giudizio e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.*

3) *Ordina che, a cura della segreteria, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa e 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 4 luglio 2007.

Il Presidente: DI GIUSEPPE

Il consigliere estensore: REALFONZO

RETTIFICHE

Avvertenza. — L'**avviso di rettifica** dà notizia dell'avvenuta correzione di errori materiali contenuti nell'originale o nella copia del provvedimento inviato per la pubblicazione alla *Gazzetta Ufficiale*. L'**errata-corrige** rimedia, invece, ad errori verificatisi nella stampa del provvedimento nella *Gazzetta Ufficiale*.

AVVISO DI RETTIFICA

Comunicato di rettifica relativo al titolo dell'ordinanza n. 180 R.O. 2008

Il titolo ed i riferimenti normativi relativi all'ordinanza n. 180/2008 riportati alla pag. 96 della *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica, 1ª serie speciale, n. 26 del 18 giugno 2008, sono rettificati come segue:

N. 180 R.O. 2008

Sanità pubblica - Componenti del collegio sindacale delle ASL e delle aziende ospedaliere - Disciplina del procedimento di nomina e relative guarentigie - Mancata previsione - Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, art. 3-ter, comma 2, aggiunto dall'art. 3, comma 3, del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229.

- Costituzione, art. 97.

08C0738

ITALO ORMANNI, *direttore*

ALFONSO ANDRIANI, *redattore*
DELIA CHIARA, *vice redattore*

(GU-2008-GUR-037) Roma, 2008 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. - S.

CANONI DI ABBONAMENTO ANNO 2008 (salvo conguaglio) (*)

GAZZETTA UFFICIALE - PARTE I (legislativa)

	CANONE DI ABBONAMENTO
Tipo A Abbonamento ai fascicoli della serie generale, inclusi tutti i supplementi ordinari: <i>(di cui spese di spedizione € 257,04)</i> <i>(di cui spese di spedizione € 128,52)</i>	- annuale € 438,00 - semestrale € 239,00
Tipo A1 Abbonamento ai fascicoli della serie generale, inclusi i soli supplementi ordinari contenenti i provvedimenti legislativi: <i>(di cui spese di spedizione € 132,57)</i> <i>(di cui spese di spedizione € 66,28)</i>	- annuale € 309,00 - semestrale € 167,00
Tipo B Abbonamento ai fascicoli della serie speciale destinata agli atti dei giudizi davanti alla Corte Costituzionale: <i>(di cui spese di spedizione € 19,29)</i> <i>(di cui spese di spedizione € 9,64)</i>	- annuale € 68,00 - semestrale € 43,00
Tipo C Abbonamento ai fascicoli della serie speciale destinata agli atti della CE: <i>(di cui spese di spedizione € 41,27)</i> <i>(di cui spese di spedizione € 20,63)</i>	- annuale € 168,00 - semestrale € 91,00
Tipo D Abbonamento ai fascicoli della serie destinata alle leggi e regolamenti regionali: <i>(di cui spese di spedizione € 15,31)</i> <i>(di cui spese di spedizione € 7,65)</i>	- annuale € 65,00 - semestrale € 40,00
Tipo E Abbonamento ai fascicoli della serie speciale destinata ai concorsi indetti dallo Stato e dalle altre pubbliche amministrazioni: <i>(di cui spese di spedizione € 50,02)</i> <i>(di cui spese di spedizione € 25,01)</i>	- annuale € 167,00 - semestrale € 90,00
Tipo F Abbonamento ai fascicoli della serie generale, inclusi tutti i supplementi ordinari, ed ai fascicoli delle quattro serie speciali: <i>(di cui spese di spedizione € 383,93)</i> <i>(di cui spese di spedizione € 191,46)</i>	- annuale € 819,00 - semestrale € 431,00
Tipo F1 Abbonamento ai fascicoli della serie generale inclusi i supplementi ordinari con i provvedimenti legislativi e ai fascicoli delle quattro serie speciali: <i>(di cui spese di spedizione € 264,45)</i> <i>(di cui spese di spedizione € 132,22)</i>	- annuale € 682,00 - semestrale € 357,00

N.B.: L'abbonamento alla GURI tipo A, A1, F, F1 comprende gli indici mensili integrando con la somma di € 80,00 il versamento relativo al tipo di abbonamento alla *Gazzetta Ufficiale* - parte prima - prescelto, si riceverà anche l'**Indice Repertorio Annuale Cronologico per materie anno 2008**.

CONTO RIASSUNTIVO DEL TESORO

Abbonamento annuo (incluse spese di spedizione) € **58,00**

PREZZI DI VENDITA A FASCICOLI

(Oltre le spese di spedizione)

Prezzi di vendita: serie generale	€ 1,00
serie speciali (escluso concorsi), ogni 16 pagine o frazione	€ 1,00
fascicolo serie speciale, concorsi, prezzo unico	€ 1,50
supplementi (ordinari e straordinari), ogni 16 pagine o frazione	€ 1,00
fascicolo Bollettino Estrazioni, ogni 16 pagine o frazione	€ 1,00
fascicolo Conto Riassuntivo del Tesoro, prezzo unico	€ 6,00

I.V.A. 4% a carico dell'Editore

5ª SERIE SPECIALE - CONTRATTI ED APPALTI

(di cui spese di spedizione € 127,00)

(di cui spese di spedizione € 73,00)

- annuale € **295,00**
 - semestrale € **162,00**

GAZZETTA UFFICIALE - PARTE II

(di cui spese di spedizione € 39,40)

(di cui spese di spedizione € 20,60)

- annuale € **85,00**
 - semestrale € **53,00**

Prezzo di vendita di un fascicolo, ogni 16 pagine o frazione (oltre le spese di spedizione) € 1,00

I.V.A. 20% inclusa

RACCOLTA UFFICIALE DEGLI ATTI NORMATIVI

Abbonamento annuo € **190,00**

Abbonamento annuo per regioni, province e comuni - SCONTO 5% € **180,50**

Volume separato (oltre le spese di spedizione) € 18,00

I.V.A. 4% a carico dell'Editore

Per l'estero i prezzi di vendita, in abbonamento ed a fascicoli separati, anche per le annate arretrate, compresi i fascicoli dei supplementi ordinari e straordinari, devono intendersi raddoppiati. Per il territorio nazionale i prezzi di vendita dei fascicoli separati, compresi i supplementi ordinari e straordinari, relativi ad anni precedenti, devono intendersi raddoppiati. Per intere annate è raddoppiato il prezzo dell'abbonamento in corso. Le spese di spedizione relative alle richieste di invio per corrispondenza di singoli fascicoli, vengono stabilite, di volta in volta, in base alle copie richieste.

N.B. - Gli abbonamenti annui decorrono dal 1° gennaio al 31 dicembre, i semestrali dal 1° gennaio al 30 giugno e dal 1° luglio al 31 dicembre.

RESTANO CONFERMATI GLI SCONTI IN USO APPLICATI AI SOLI COSTI DI ABBONAMENTO

ABBONAMENTI UFFICI STATALI

Resta confermata la riduzione del 52% applicata sul solo costo di abbonamento

* tariffe postali di cui al Decreto 13 novembre 2002 (G.U. n. 289/2002) e D.P.C.M. 27 novembre 2002 n. 294 (G.U. 1/2003) per soggetti iscritti al R.O.C.



* 4 5 - 4 1 0 5 0 0 0 8 0 9 0 3 *

€ 5,00