

*1<sup>a</sup> SERIE SPECIALE*

*Spediz. abb. post. 45% - art. 2, comma 20/b  
Legge 23-12-1996, n. 662 - Filiale di Roma*

Anno 149° — Numero 44

**GAZZETTA**  **UFFICIALE**  
**DELLA REPUBBLICA ITALIANA**

---

*PARTE PRIMA*

**Roma - Mercoledì, 22 ottobre 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. 53. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 29 agosto 2008 (del Presidente del Consiglio dei ministri).

**Sanità pubblica - Norme della Regione Puglia - Farmaci - Obbligo per le aziende produttrici, i grossisti, i farmacisti di non modificare la quota di rispettiva spettanza sul prezzo dei farmaci di fascia a) - Ricorso del Governo - Ritenuta inesistenza nella legislazione statale di un divieto di modificare le quote - Denunciata lesione della competenza legislativa esclusiva dello Stato nelle materie dell' «ordinamento civile e penale» e della «tutela della concorrenza».**

- Legge della Regione Puglia 2 luglio 2008, n. 19, art. 8.
- Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. l) ed e).

**Farmacia - Norme della Regione Puglia - Ubicazione del servizio farmaceutico - Istituzione di farmacie nei comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti - Autorizzazioni in misura di una farmacia ogni 3.500 abitanti - Ricorso del Governo - Ritenuto contrasto con i criteri stabiliti dal legislatore nazionale, costituente principio fondamentale - Denunciata lesione della competenza legislativa statale nella materia di legislazione concorrente della «tutela della salute».**

- Legge della Regione Puglia 2 luglio 2008, n. 19, art. 14.
- Costituzione, art. 117, comma terzo; legge 2 aprile 1968, n. 475, art. 1; r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, art. 104.

**Sanità pubblica - Norme della Regione Puglia - Personale sanitario - Direttori generali, amministrativi e sanitari, delle aziende sanitarie locali, delle aziende ospedaliere e degli IRCCS - Compimento del sessantacinquesimo anno di età nel corso del loro mandato - Permanenza in carica fino alla naturale scadenza dell'incarico ricevuto - Ricorso del Governo - Ritenuto contrasto con la normativa nazionale, costituente principio fondamentale, secondo la quale le funzioni di direttore sanitario e di direttore amministrativo cessano al compimento del sessantacinquesimo anno di età - Denunciata lesione della competenza legislativa statale nella materia di legislazione concorrente della «tutela della salute».**

- Legge della Regione Puglia 2 luglio 2008, n. 19, art. 17.
- Costituzione, art. 117, comma terzo; d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 3, comma 7; d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 288, art. 11, comma 3. ....

Pag. 9

N. 54. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 4 settembre 2008 (del Presidente del Consiglio dei ministri).

**Ambiente - Norme della Regione Emilia Romagna - Servizio idrico - Assunzione da parte della Regione dei compiti di individuazione della tariffa di riferimento quale corrispettivo del servizio idrico integrato e di redazione del piano economico e del piano finanziario - Contrasto con la normativa nazionale che riserva le competenze medesime allo Stato - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale nelle materie della tutela della concorrenza e dell'ambiente.**

- Legge della Regione Emilia Romagna 30 giugno 2008, n. 10, art. 28, comma 2.
- Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. e) e s); d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 154, comma 2, e 161, comma 4.

**Ambiente - Norme della Regione Emilia Romagna - Servizio idrico - Costituzione di una nuova struttura organizzativa con costo di funzionamento a carico delle tariffe dei servizi nel limite di spesa fissato dalla Giunta regionale - Contrasto con la normativa nazionale che non prevede l'introduzione di una nuova ed ulteriore componente di costo nella determinazione della tariffa, riservata alla competenza statale - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale nelle materie della tutela della concorrenza e dell'ambiente.**

- Legge della Regione Emilia Romagna 30 giugno 2008, n. 10, art. 28, comma 7.
- Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. e) e s); d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 154, comma 2, e 161, comma 4. ....

Pag. 12

**N. 55. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 18 settembre 2008.**

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Definizione di «centri storici» e previsione che gli stessi siano individuati da parte dei Comuni, nonché definizione del «quadro strategico di valorizzazione» quale programma di valorizzazione che delinea le politiche comunali da attuarsi - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela dei beni culturali e della competenza legislativa statale nella materia concorrente della valorizzazione del patrimonio culturale.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, art. 2, comma 1, lett. a) e c).
- Costituzione, artt. 9, 117, commi secondo, lett. s), e terzo; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, artt. 135, 136, comma 1, lett. a), 143, commi 1, lett. b) e g), e 4, lett. a) e b), 145, comma 3, e 146.

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Obiettivo regionale - Valorizzazione e tutela degli edifici di particolare pregio ed interesse storico, architettonico e monumentale - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela dei beni culturali e della competenza legislativa statale nella materia concorrente della valorizzazione del patrimonio culturale.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, art. 3, comma 1, lett. d).
- Costituzione, artt. 9, 117, commi secondo, lett. s), e terzo; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, artt. 135, 136, comma 1, lett. a), 143, commi 1, lett. b) e g), e 4, lett. a) e b), 145, comma 3, e 146.

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Attribuzione al Comune di ogni competenza in merito all'individuazione e regolamentazione dei centri storici, mediante la redazione di un «quadro strategico di azione» compilato secondo le linee guida approvate dalla Giunta regionale - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela dei beni culturali e della competenza legislativa statale nella materia concorrente della valorizzazione del patrimonio culturale.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, art. 4, comma 3.
- Costituzione, artt. 9, 117, commi secondo, lett. s), e terzo; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, artt. 135, 136, comma 1, lett. a), 143, commi 1, lett. b) e g), e 4, lett. a) e b), 145, comma 3, e 146.

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Ipotesi di interventi ad attuazione diretta per ristrutturazione edilizia e cambiamenti d'uso prescindenti dalla disciplina del Codice dei beni culturali e del paesaggio - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela dei beni culturali e della competenza legislativa statale nella materia concorrente della valorizzazione del patrimonio culturale.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, art. 6, comma 1, lett. a) e b).
- Costituzione, artt. 9, 117, commi secondo, lett. s), e terzo; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, artt. 135, 136, comma 1, lett. a), 143, commi 1, lett. b) e g), e 4, lett. a) e b), 145, comma 3, e 146.

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Attribuzione ai proprietari degli edifici o isolati di quantità edificatorie premiali in alcuni interventi di restauro, risanamento conservativo e ristrutturazione edilizia ed urbanistica - Definizione della quantità premiale come fattispecie costituita da diritti edificatori espressi in superficie utile coperta - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della riserva di legge statale in ordine alla determinazione dei modi di acquisto e di godimento della proprietà, violazione della competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile e della competenza legislativa statale nella materia concorrente del governo del territorio.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, artt. 8, 9 e 10.
- Costituzione, artt. 42, comma secondo, 117, commi secondo, lett. l), e terzo.

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Interventi premiali - Limiti da rispettare - Mancata previsione dell'osservanza del DM 1444 del 1968 - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile e della competenza legislativa statale nella materia concorrente del governo del territorio.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, artt. 10, comma 2, e 11, comma 2.
- Costituzione, art. 117, commi secondo, lett. l), e terzo. ....

Pag. 14

n. 322. Ordinanza della Corte di cassazione del 13 maggio 2008.

**Infortunati sul lavoro e malattie professionali - Crediti da risarcimento del danno differenziale subito dal lavoratore in conseguenza di infortunio sul lavoro, vantati nei confronti di datore di lavoro dichiarato fallito - Azione diretta del lavoratore nei confronti dell'assicuratore del datore di lavoro - Mancata previsione secondo il «diritto vivente» - Violazione del principio di uguaglianza per ingiustificata disparità di trattamento rispetto al lavoratore in caso di infortunio «in itinere» in quanto vittima di incidente stradale - Lesione del diritto di azione e difesa in giudizio e del principio del giusto processo - Violazione del principio di tutela del lavoratore.**

Codice civile, art. 1917, comma secondo.

Costituzione, artt. 3, 24, 35 e 111. ....

» 18

n. 323. Ordinanza del Tribunale di Firenze del 12 luglio 2008.

**Procreazione medicalmente assistita - Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni - Divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari - Previsione della creazione di un numero massimo di tre embrioni ai fini di un unico e contemporaneo impianto - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza sotto il duplice profilo dell'intrinseca incoerenza di detta disciplina con la finalità esplicitata dal legislatore di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, e dell'ingiustificata uniformità di trattamento riservata a situazioni soggettive normativamente differenziabili in quanto bisognose di un protocollo terapeutico diversificato - Incidenza sul diritto alla salute della donna non adeguatamente bilanciato rispetto alla tutela dell'embrione - Contrasto con il divieto costituzionale di sottoposizione a trattamenti sanitari non voluti dall'interessato e non rivolti alla tutela della sua salute ovvero della salute pubblica, in conseguenza della predeterminazione di un protocollo sanitario unico e non ritagliato sulle necessità di cura della singola persona.**

- Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 14, commi 1 e 2.
- Costituzione, artt. 3 e 32, commi primo e secondo.

**Procreazione medicalmente assistita - Consenso informato - Previsione che la volontà di ciascuno dei soggetti della coppia di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita possa essere revocata fino al momento della fecondazione dell'ovulo - Irrevocabilità del consenso da parte della donna all'impianto in utero degli embrioni creati, dal momento della fecondazione dell'ovulo - Contrasto con il divieto costituzionale di trattamenti sanitari obbligatori che non siano rivolti alla tutela della salute dell'interessato ovvero della salute pubblica.**

- Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 6, comma 3, ultimo periodo.
- Costituzione, art. 32, comma secondo. ....

» 22

N. 324. Ordinanza del Tribunale di Latina del 1° luglio 2008.

**Reati e pene - Circostanze aggravanti comuni - Fatto commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale - Violazione del principio di ragionevolezza, per l'applicabilità di tale circostanza aggravante, a seguito dell'inottemperanza alla disciplina amministrativa dell'immigrazione, a prescindere dalla valutazione del giudice della pericolosità sociale - Violazione del principio di uguaglianza - Lesione del principio di inviolabilità della libertà personale - Contrasto con il principio di offensività - Violazione dei principi della personalità della responsabilità penale, di proporzionalità e della finalità rieducativa della pena.**

- Codice penale, art. 61, comma primo, n. 11-*bis*, aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. *f*), del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92,
- Costituzione, artt. 3, 13, 25, comma secondo, e 27, commi primo e terzo. . . . .

Pag. 30

N. 325. Ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Venezia del 10 giugno 2008.

**Esecuzione penale - Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena - Obbligo del differimento in caso di esecuzione della pena nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno - Mancata previsione della possibilità per il giudice di negare il differimento quando lo ritenga non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, terzo comma, Cost. e la detenzione non sia idonea a prevenire il pericolo di recidiva - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione del principio della finalità rieducativa della pena - Lesione dei principi a base della tutela della maternità e del minore.**

- Codice penale, art. 146, comma primo, n. 2.
- Costituzione, artt. 3, 27, comma terzo, e 30. . . . .

» 37

N. 326. Ordinanza della Corte d'appello di Napoli dell'11 marzo 2008.

**Processo penale - Appello - Modifiche normative - Giudizio abbreviato - Limiti all'appello - Possibilità per l'imputato di proporre appello contro le sentenze di assoluzione pronunciate ai sensi dell'art. 88 cod. pen. (proscioglimento per vizio totale di mente) - Esclusione - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio di parità delle parti.**

- Codice di procedura penale, art. 443, comma 1.
- Costituzione, artt. 3, 24, comma secondo, e 111, comma secondo. . . . .

» 47

N. 327. Ordinanza del Giudice di pace di Vizzini del 18 aprile 2008.

**Responsabilità civile - Risarcimento del danno derivante da sinistro stradale - Azione proposta da soggetto danneggiato da sinistro stradale nei confronti della propria compagnia di assicurazione e del responsabile civile - Eccezione di carenza di contraddittorio opposta dal responsabile civile in relazione alla mancata partecipazione al giudizio della propria compagnia di assicurazione - Disciplina del sistema di risarcimento diretto introdotto dal Codice delle assicurazioni private - Ritenuta preclusione della possibilità di esercitare la pretesa risarcitoria nei confronti del danneggiante e della sua compagnia di assicurazione, in linea con il principio generale del *neminem laedere* - Estraneità ai principi e ai criteri direttivi della delega conferita al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni - Eccesso di delega - Contrasto con la normativa comunitaria in materia di azione diretta contro l'assicuratore del responsabile civile - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza, sotto il profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento dei danneggiati in situazioni normativamente assimilabili - Incidenza sul diritto di difesa del danneggiato, del responsabile civile e della compagnia di assicurazione del responsabile civile - Asserita lesione dei principi costituzionali in materia di giusto processo, con particolare riguardo all'integrità del contraddittorio, alla parità delle parti e ai poteri di controllo del giudice.**

- Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, artt. 141, 149 e 150.
- Costituzione, artt. 3, 11, 24, 76 [in relazione all'art. 4, comma 1, lett. *a*) e *b*), della legge delega 29 luglio 2003, n. 229] e 111. . . . .

» 49

- N. 328. Ordinanza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana del 5 giugno 2008.  
**Professioni - Avvocato e procuratore - Esami per l'abilitazione professionale - Candidati ammessi alle prove orali a seguito di sentenza del TAR da cui derivi l'obbligo per l'amministrazione di rivalutare le prove scritte - Previsto conseguimento ad ogni effetto dell'abilitazione nel caso di superamento delle prove orali - Denunciata violazione dei principi del giusto processo, del diritto al contraddittorio, del principio del giudice naturale, delle garanzie della tutela giurisdizionale e del doppio grado di giurisdizione - Riferimento all'ordinanza della Corte n. 312/2007 di manifesta inammissibilità per difetto di rilevanza di questione analoga, ritenuta dal giudice rimettente non estensibile alla fattispecie.**
- Decreto-legge 30 giugno 2005, n. 115, art. 4, comma 2-bis, convertito, con modificazioni, nella legge 17 agosto 2005, n. 168.
  - Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, 25, 101, comma secondo, 103, 104, primo comma, 111, comma secondo, 113, comma secondo, e 125..... » 55
- N. 329. Ordinanza della Corte di cassazione del 17 luglio 2008.  
**Ordinamento penitenziario - Detenzione domiciliare - Allontanamento dal domicilio - Sanzione penale ai sensi dell'art. 385 cod. pen. - Mancata previsione della limitazione della punibilità alla sola ipotesi dell'allontanamento dal domicilio che si protragga più di dodici ore - Violazione del principio di ragionevolezza.**
- Legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 47-ter, commi primo e ottavo.
  - Costituzione, art. 3..... » 68
- N. 330. Ordinanza del Tribunale di Sondrio dell'8 maggio 2008.  
**Procedimento civile - Impugnazioni - Appellabilità delle sentenze rese nei giudizi di opposizione ad ordinanza ingiunzione di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 689 del 1981 - Previsione introdotta dal decreto legislativo n. 40 del 2006 - Estraneità all'oggetto della delega conferita al Governo per apportare modifiche al codice di procedura civile e concernente la disciplina del processo di cassazione e dell'arbitrato - Eccesso di delega.**
- Decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, art. 26.
  - Costituzione, artt. 76 [in relazione all'art. 1, commi 2 e 3, della legge delega 14 maggio 2005, n. 80] e 77, primo comma.
- In subordine: Circolazione stradale - Violazione dei limiti di velocità - Accertamento dell'infrazione mediante strumenti elettronici - Disciplina dei mezzi tecnici atti all'accertamento e al rilevamento automatico delle violazioni alle norme di circolazione - Omessa previsione che le apparecchiature destinate all'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità siano sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità secondo il sistema di taratura previsto dalla legge 11 agosto 1991, n. 273 - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza - Incidenza sul diritto di difesa - Asserita lesione dei principi costituzionali in tema di giusto processo.**
- Codice della strada (d.lgs. 30.04.1992, n. 285), art. 45.
  - Costituzione, artt. 3, 24 e 111. .... » 69

... ..

2

...

...

... ..

...

... ..

...

# ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 53

*Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 29 agosto 2008  
(del Presidente del Consiglio dei ministri)*

**Sanità pubblica - Norme della Regione Puglia - Farmaci - Obbligo per le aziende produttrici, i grossisti, i farmacisti di non modificare la quota di rispettiva spettanza sul prezzo dei farmaci di fascia a) - Ricorso del Governo - Ritenuta inesistenza nella legislazione statale di un divieto di modificare le quote - Denunciata lesione della competenza legislativa esclusiva dello Stato nelle materie dell' «ordinamento civile e penale» e della «tutela della concorrenza».**

- Legge della Regione Puglia 2 luglio 2008, n. 19, art. 8.
- Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. l) ed e).

**Farmacia - Norme della Regione Puglia - Ubicazione del servizio farmaceutico - Istituzione di farmacie nei comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti - Autorizzazioni in misura di una farmacia ogni 3.500 abitanti - Ricorso del Governo - Ritenuto contrasto con i criteri stabiliti dal legislatore nazionale, costituenti principio fondamentale - Denunciata lesione della competenza legislativa statale nella materia di legislazione concorrente della «tutela della salute».**

- Legge della Regione Puglia 2 luglio 2008, n. 19, art. 14.
- Costituzione, art. 117, comma terzo; legge 2 aprile 1968, n. 475, art. 1; r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, art. 104.

**Sanità pubblica - Norme della Regione Puglia - Personale sanitario - Direttori generali, amministrativi e sanitari, delle aziende sanitarie locali, delle aziende ospedaliere e degli IRCCS - Compimento del sessantacinquesimo anno di età nel corso del loro mandato - Permanenza in carica fino alla naturale scadenza dell'incarico ricevuto - Ricorso del Governo - Ritenuto contrasto con la normativa nazionale, costituente principio fondamentale, secondo la quale le funzioni di direttore sanitario e di direttore amministrativo cessano al compimento del sessantacinquesimo anno di età - Denunciata lesione della competenza legislativa statale nella materia di legislazione concorrente della «tutela della salute».**

- Legge della Regione Puglia 2 luglio 2008, n. 19, art. 17.
- Costituzione, art. 117, comma terzo; d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 3, comma 7; d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 288, art. 11, comma 3.

Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, nei cui uffici domicilia in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

Contro la Regione Puglia, in persona del Presidente in carica per l'impugnazione della legge regionale della Puglia n. 19 del 2 luglio 2008; pubblicata nel Bollettino ufficiale della Regione Puglia n. 107 del 7 luglio 2008, recante «Disposizioni regionali urgenti», in relazione ai suoi articoli 8, 14 e 17.

La legge regionale della Puglia 7 luglio 2008, n. 19, recante «Disposizioni regionali urgenti», contiene disposizioni di vario contenuto e si compone di venti articoli, divisi in due titoli: Titolo I, recante disposizioni in materia di agricoltura e industria (articoli da 1 a 6) e Titolo II, recante disposizioni in materia di politica della salute (articoli da 7 a 20).

L'articolo 8 della legge regionale, rubricato «Immodificabilità quote di spettanza del prezzo dei farmaci», dispone:

«1. Al di fuori degli accordi tra servizio sanitario regionale e sistema produttivo e distributivo dei farmaci non è consentito modificare, ancorché mediante intesa tra le parti, le quote di spettanza, previste per legge, alle componenti aziende, grossisti e farmacisti per l'erogazione dei farmaci di fascia «a», trattandosi di potere non rientrante nella disponibilità delle parti, rientrante nei divieti e sanzioni disposti dagli articoli 170, come modificato dall'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 541, e 172 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie), ed esercitabile solo in funzione di un beneficio del sistema pubblico e non di una distribuzione interna tra produttori, grossisti e farmacisti».

L'art. 14 della legge regionale, intitolato «Revisione pianta organica delle farmacie», stabilisce:

«1. Nella Regione Puglia per i comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti il numero delle autorizzazioni per le istituzioni di farmacie col criterio demografico è ricalcolato in modo che ci sia una farmacia ogni 3.500 abitanti.

2. La popolazione eccedente rispetto al parametro di cui al comma 1 è computata ai fini dell'apertura di una farmacia qualora sia pari almeno al 50 per cento del parametro stesso.

3. La prima revisione della pianta organica secondo i nuovi criteri deve essere effettuata dalle ASL, acquisito il parere dei comuni e degli ordini dei farmacisti competenti per territorio, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Decorso inutilmente tale termine, l'Assessore alle politiche della salute provvede, nei trenta giorni successivi, a nominare un commissario *ad acta*, per ogni azienda USL inadempiente, incaricato di effettuare la revisione della pianta organica, avvalendosi degli uffici della stessa e degli uffici preposti dei comuni interessati, e di sottoporla per l'approvazione definitiva alla Giunta regionale».

L'art. 17 della legge regionale («Proroga funzioni direttori generali, amministrativi e sanitari»), infine, prevede:

«1. I direttori amministrativi e direttori sanitari delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere e i direttori amministrativi e direttori sanitari degli IRCCS che abbiano raggiunto il limite di età previsto rispettivamente dall'art. 3, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421) e successive modificazioni e dall'art. 11, comma 3, (del decreto legislativo 16 ottobre 2003 n. 288 (Riordino della disciplina degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, a norma dell'art. 42, comma 1, della legge 16 gennaio 2003, n. 3), nel corso del loro mandato, restano in carica fino alla naturale scadenza che consenta il completamento dello stesso».

Si tratta di norme illegittime per i seguenti

#### M O T I V I

1) *In relazione all'art. 117, secondo comma, lettere l) ed e) della Costituzione, violazione della potestà legislativa esclusiva dello Stato nelle materie dell'«ordinamento civile e penale» e della «tutela della concorrenza».*

L'art. 8 della legge regionale impone alle aziende produttive, ai grossisti e ai farmacisti l'obbligo di non modificare la quota di rispettiva spettanza sul prezzo dei farmaci di fascia a) (vale a dire i farmaci essenziali o per malattie croniche).

Viene, a tal fine, enunciato che la violazione dell'obbligo comporta l'applicazione degli artt. 170 e 172 del r.d. n. 1265 del 1934, che stabiliscono sanzioni penali e amministrative per il «farmacista che riceve per sé o per altri denaro o altra utilità ovvero ne accetti la promessa allo scopo di agevolare in qualsiasi modo la diffusione di specialità medicinali a danno di altri prodotti o specialità».

La previsione esorbita manifestamente dalla competenza legislativa concorrente attribuita alla regione, in materia di «tutela della salute», dall'art. 117, terzo comma, Cost. e dalla competenza legislativa residuale da essa riconosciuta in materia di «commercio» dall'art. 117, quarto comma, Cost., finendo per incidere nelle materie riguardanti l'«ordinamento civile e penale» e la «tutela della concorrenza», riservate alla competenza legislativa statale dall'art. 117, lett. l) ed e), Cost.

L'art. 1, comma 40, della legge n. 662 del 1996 (recante «misure di razionalizzazione della finanza pubblica»), che prevede in favore dei produttori, grossisti e farmacisti le quote di spettanza sul prezzo di vendita dei farmaci di fascia a), non contiene, infatti, alcun divieto di modificare tali quote.

Inoltre, dalla disciplina della commercializzazione dei farmaci di fascia a), [vale a dire dei medicinali di alla lett. a) dell'art. 8, comma 10, della legge n. 537 del 1993] emerge che l'immodificabilità delle quote di spettanza sul prezzo dei farmaci non soddisfa l'interesse della tutela della salute pubblica ed anzi che la modificabilità non contrasta con i divieti degli artt. 170 e 172 del r.d. n. 1265 del 1934.

La fornitura dei farmaci di fascia a), cioè dei «farmaci essenziali e per malattie croniche» che sono a carico del Servizio sanitario nazionale, avviene esclusivamente su presentazione da parte dell'assistito di ricetta del medico curante (cfr. art. 28, legge n. 833 del 1987, art. 3, d.P.R. n. 371 del 1978, artt. 87 e 88 del d.lgs. n. 219 del 2006).

Il farmacista non ha il potere di discostarsi dalle prescrizioni della ricetta medica e non può quindi trovarsi in situazione di conflitto di interessi qualora dalla vendita di alcuni medicinali riceva una maggiore quota in conseguenza della riduzione di quella del produttore o del grossista.

L'immodificabilità della quota di spettanza sul prezzo dei farmaci di fascia a), non prevista dalla legge ordinaria, non soddisfa dunque ragioni di tutela della salute e, pertanto, non può ritenersi rientrare nell'ambito della legislazione concorrente della regione.

L'art. 8 incide invece sull'autonomia contrattuale dei privati e quindi nelle materie riguardanti «l'ordinamento civile» e la «tutela della concorrenza» riservate alla competenza legislativa statale dell'art. 117, lett. l) ed e) Cost.

Incide sull'autonomia contrattuale delle parti nella determinazione di accordi sulla distribuzione di farmaci, perché introduce un principio di immodificabilità contrario alla libera determinazione del contenuto dei contratti sancito dall'art. 1322 c.c., al quale è riconosciuta dignità costituzionale dagli art. 2 e 41 Cost.

Determina, inoltre, un'ingiustificata distorsione della concorrenza tra gli operatori pugliesi, i cui accordi incorrerebbero nei divieti imposti dalla legge regionale, e quelli delle altre regioni, le cui intese sono consentite in base alla legge nazionale.

La sua applicazione darebbe, quindi, luogo anche ad un'irragionevole disparità di trattamento, a danno delle imprese pugliesi e in contrasto con i principi di libera iniziativa economica delle imprese operanti nella «filiera» della produzione e distribuzione dei farmaci.

Infine l'art. 8, individuando sanzioni (quelle degli artt. 170 e 172 del r.d. n. 1265/1934) che non sono previste per la modifica delle quote di spettanza, fornisce — anche a tacere del fatto che non spetta alla regione dare interpretazioni autentiche di leggi statali — un'interpretazione errata e incostituzionale della legge statale e delinea una nuova fattispecie di illecito penale, così incidendo sulla competenza esclusiva riservata allo Stato in materia di «ordinamento penale» dall'art. 117, secondo comma, lett. l).

2) *In relazione all'art. 117, terzo comma della Costituzione, violazione di principi fondamentali nella materia, di legislazione concorrente, della «tutela della salute».*

L'art. 14 della legge regionale, secondo il quale nei comuni della Puglia con popolazione fino a 12.500 abitanti il numero delle autorizzazioni per l'istituzione di farmacie è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.500 abitanti, eccede dalle competenze legislative attribuite alla regione dall'art. 117, terzo comma, Cost. in materia di tutela della salute.

Infatti, come più volte affermato dalla Corte costituzionale (sentt. nn. 87 del 2006 e 61 del 1968), la «materia» della organizzazione del servizio farmaceutico va ricondotta al titolo di competenza concorrente della tutela della salute, nel cui ambito le regioni possono legiferare nel rispetto dei principi fondamentali riservati alla legislazione dello Stato.

Tra tali principi fondamentali è senz'altro da ricomprendersi il criterio fissato dal legislatore nazionale per la pianificazione territoriale dell'assistenza farmaceutica. Infatti, al fine di assicurare l'omogenea distribuzione delle farmacie su tutto il territorio nazionale, la dislocazione territoriale degli esercizi farmaceutici viene effettuata, in base all'art. 1 della legge n. 475 del 1968 e dell'art. 104 del r.d. n. 1265 del 1934, tenendo conto del criterio numerico della popolazione da una parte, e di quello della distanza rispetto agli altri esercizi farmaceutici, dall'altra.

La disposizione qui censurata altera tali criteri, prevedendo un rapporto farmacie/abitanti diverso da quello stabilito dalla legislazione statale: contrasta, in particolare, con l'art. 1 della legge n. 475 del 1968, secondo il quale nei comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti il numero delle autorizzazioni è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 5.000 abitanti, e non tiene alcun conto della distanza di almeno 3.000 metri tra i vari esercizi farmaceutici imposta dall'art. 104 del r.d. n. 1265 del 1934.

Che la proporzione tra il numero delle farmacie e il numero degli abitanti costituisca principio fondamentale o, meglio, «indirizzo generale» della materia, riservato al legislatore statale, è stato in più occasioni affermato da codesta ecc.ma Corte, che ha costantemente ritenuto che l'ubicazione del servizio farmaceutico deve rispondere a criteri univoci da applicare in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale, a salvaguardia della uniformità giuridica di un assetto organizzativo dal quale discendono immediate conseguenze per la salute pubblica e per la tutela della libertà di accesso alla professione di farmacista (in tal senso le sentenze nn. 579/1987, 177/1988, 446/1988, 4/1996, 27/2003, 275/2003, 76/2008).

Con la sentenza n. 27 del 2003, la Corte ha, in particolare, affermato che «le finalità concrete che la legge vuole raggiungere con il contingentamento delle farmacie (assicurare ai cittadini la continuità territoriale e temporale del servizio ed agli esercenti un determinato bacino di utenza) vanno nello stesso senso di quelle che si vogliono conseguire con la limitazione dei turni e degli orari, in quanto, come è stato più volte osservato, l'accentuazione di una forma di concorrenza tra le farmacie basata sul prolungamento degli orari di chiusura potrebbe contribuire alla scomparsa degli esercizi minori e così alterare quella che viene chiamata la rete capillare delle farmacie. Esiste in altri termini, nella non irragionevole valutazione del legislatore, un nesso tra il contingentamento delle farmacie e la limitazione degli orari delle stesse, concorrendo entrambi gli strumenti alla migliore realizzazione del servizio pubblico considerato nel suo complesso».

Principi, questi, ribaditi ed ulteriormente declinati nella sentenza n. 76 del 2008, nella quale, dopo avere ricordato di avere «già avuto modo di affermare che il contingentamento delle farmacie è volto ad assicurare ai cittadini la continuità territoriale e temporale del servizio ed agli esercenti un determinato bacino di utenza», la Corte ha chiarito che «(l)a sintesi tra siffatte esigenze è affidata alle scelte non irragionevoli del legislatore, in modo che siano garantiti sia

un adeguato ambito di operatività alle farmacie in attività sia la piena efficienza a favore degli utenti del servizio farmaceutico; il diritto alla salute, costituzionalmente riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione, non comporta l'obbligo per il legislatore di rimuovere qualsivoglia condizione obiettiva all'istituzione di farmacie e, anzi, al contrario, ne legittima la programmazione dillo scopo di garantire la più ampia e razionale copertura di tutto il territorio nell'interesse della salute dei cittadini».

3) *In relazione all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, violazione di principi fondamentali nella materia, di legislazione concorrente, della «tutela della salute».*

Anche l'art. 17 della legge regionale, nella misura in cui esso prevede che i direttori generali, amministrativi e sanitari, delle aziende sanitarie locali, delle aziende ospedaliere nonché degli IRCCS, che abbiano compiuto il sessantacinquesimo anno di età nel corso del loro mandato, restino in carica fino alla naturale scadenza dell'incarico ricevuto, eccede dalla competenza concorrente in materia di «tutela della salute» attribuita alla regione dall'art. 117, terzo comma, Cost. e contrasta con la regola contenuta nell'art. 3, comma 7, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e nell'art. 11, comma 3, d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 288 — certamente espressione di un principio generale della materia — secondo la quale le funzioni di direttore sanitario e di direttore amministrativo cessano al compimento del sessantacinquesimo anno di età.

P. Q. M.

*Alla stregua di quanto precede si confida che codesta ecc.ma Corte vorrà dichiarare l'illegittimità degli articoli 8, 14 e 17 della legge regionale della Puglia n. 19 del 2 luglio 2008.*

Roma, addì 11 luglio 2008

per l'Avvocato dello Stato: Sergio FIORENTINO

L'Avvocato dello Stato: Lorenzo D'ASCIA

08C0739

N. 54

*Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 4 settembre 2008  
(del Presidente del Consiglio dei ministri)*

**Ambiente - Norme della Regione Emilia Romagna - Servizio idrico - Assunzione da parte della Regione dei compiti di individuazione della tariffa di riferimento quale corrispettivo del servizio idrico integrato e di redazione del piano economico e del piano finanziario - Contrasto con la normativa nazionale che riserva le competenze medesime allo Stato - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale nelle materie della tutela della concorrenza e dell'ambiente.**

- Legge della Regione Emilia Romagna 30 giugno 2008, n. 10, art. 28, comma 2.
- Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. e) e s); d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 154, comma 2, e 161, comma 4.

**Ambiente - Norme della Regione Emilia Romagna - Servizio idrico - Costituzione di una nuova struttura organizzativa con costo di funzionamento a carico delle tariffe dei servizi nel limite di spesa fissato dalla Giunta regionale - Contrasto con la normativa nazionale che non prevede l'introduzione di una nuova ed ulteriore componente di costo nella determinazione della tariffa, riservata alla competenza statale - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale nelle materie della tutela della concorrenza e dell'ambiente.**

- Legge della Regione Emilia Romagna 30 giugno 2008, n. 10, art. 28, comma 7.
- Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. e) e s); d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 154, comma 2, e 161, comma 4.

Impugnativa della legge della Regione Emilia-Romagna n. 10 del 30 giugno 2008 pubblicata sul B.U.R. n. 108 del 30 giugno 2008 recante «Misure per il riordino territoriale, l'autoriforma dell'amministrazione e la razionalizzazione delle funzioni», ai sensi dell'art. 127 Cost., deliberata dal Consiglio dei ministri nella seduta del 28 agosto 2008.

Il Governo della Repubblica italiana, in persona del Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato e presso la stessa domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12 propone impugnativa per l'illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 127 Cost.

Contro la Regione Emilia-Romagna, in persona del Presidente della Giunta *pro tempore*, della legge regionale n. 10 del 30 giugno 2008, pubblicata in B.U.R. n. 108 del 30 giugno 2008, recante «Misure per il riordino territoriale, l'autoriforma dell'amministrazione e la razionalizzazione delle funzioni», in base ai seguenti

#### M O T I V I

1) L'art. 28, comma 2, prevede da parte della Regione «l'individuazione della tariffa di riferimento», che costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato e la redazione, da parte di questa, del piano economico e del piano finanziario. L'art. 154 del d.lgs n. 152/2006, al comma 2, prevede che «il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, ... definisce con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici...» con successiva determinazione della tariffa da parte dell'Autorità d'ambito «al fine della predisposizione del piano finanziario di cui all'art. 149, comma 1, lettera c)» (comma 4). Inoltre, l'art. 161, comma 4, del citato decreto legislativo n. 152/2006, prevede che il Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche (COVIRI) predisponga con delibera il metodo tariffario per la determinazione della tariffa di cui al citato art. 154. Da ciò si evince la riserva statale sulla determinazione della tariffa di riferimento del servizio idrico integrato, che costituisce la base della tariffa determinata dall'AATO, quest'ultima posta a base di gara per la scelta del gestore del servizio idrico integrato, nonché della redazione del piano economico e di quello finanziario, che costituiscono il presupposto alla determinazione di tale tariffa.

Pertanto, la disposizione regionale in esame, nel contrastare con la citata normativa statale, viola la competenza statale in materia di tutela della concorrenza, ponendosi in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera e) Cost., in quanto la tariffa di riferimento garantisce uguali criteri di partecipazione competitiva su tutto il territorio nazionale, rientrando tra gli interventi finalizzati a promuovere la c.d. concorrenza «per il mercato», la quale impone che la scelta del contraente avvenga all'esito di specifiche procedure di gara (Corte cost. n. 401 del 2007). Le regioni sono solamente coinvolte nel procedimento amministrativo relativo alla determinazione della tariffa di riferimento, per il tramite della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato e le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, e del Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche (COVIRI).

La norma viola altresì l'articolo 117, secondo comma, lettera s) Cost., che riserva alla competenza esclusiva statale la materia dell'ambiente, in quanto le citate norme statali di riferimento concernenti la determinazione della tariffa di riferimento sono volte a garantire standard quantitativi e qualitativi della risorsa idrica che devono garantire uniformità su tutto il territorio nazionale.

Per le medesime motivazioni è censurabile l'articolo 28, comma 7, che prevede da parte della regione la costituzione di una nuova «struttura organizzativa il cui costo di funzionamento è a carico delle tariffe dei servizi nel limite di spesa fissato dalla Giunta regionale». Tale previsione si pone in contrasto con la citata normativa statale, di cui al citato d.lgs. n. 152/2006, che non prevede l'introduzione di una nuova ed ulteriore componente di costo nella determinazione della tariffa, che è riservata alla competenza statale, alterando la concorrenza e dando origine a meccanismi competitivi disomogenei sul territorio nazionale.

*P. Q. M.*

*Si chiede a codesta ecc.ma Corte di dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge indicata in epigrafe.*

Roma, addì 28 agosto 2008

*L'Avvocato dello Stato: Massimo MARI*

N. 55

*Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 18 settembre 2008*  
(del Presidente del Consiglio dei ministri)

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Definizione di «centri storici» e previsione che gli stessi siano individuati da parte dei Comuni, nonché definizione del «quadro strategico di valorizzazione» quale programma di valorizzazione che delinea le politiche comunali da attuarsi - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela dei beni culturali e della competenza legislativa statale nella materia concorrente della valorizzazione del patrimonio culturale.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, art. 2, comma 1, lett. a) e c).
- Costituzione, artt. 9, 117, commi secondo, lett. s), e terzo; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, artt. 135, 136, comma 1, lett. a), 143, commi 1, lett. b) e g), e 4, lett. a) e b), 145, comma 3, e 146.

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Obiettivo regionale - Valorizzazione e tutela degli edifici di particolare pregio ed interesse storico, architettonico e monumentale - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela dei beni culturali e della competenza legislativa statale nella materia concorrente della valorizzazione del patrimonio culturale.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, art. 3, comma 1, lett. d).
- Costituzione, artt. 9, 117, commi secondo, lett. s), e terzo; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, artt. 135, 136, comma 1, lett. a), 143, commi 1, lett. b) e g), e 4, lett. a) e b), 145, comma 3, e 146.

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Attribuzione al Comune di ogni competenza in merito all'individuazione e regolamentazione dei centri storici, mediante la redazione di un «quadro strategico di azione» compilato secondo le linee guida approvate dalla Giunta regionale - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela dei beni culturali e della competenza legislativa statale nella materia concorrente della valorizzazione del patrimonio culturale.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, art. 4, comma 3.
- Costituzione, artt. 9, 117, commi secondo, lett. s), e terzo; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, artt. 135, 136, comma 1, lett. a), 143, commi 1, lett. b) e g), e 4, lett. a) e b), 145, comma 3, e 146.

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Ipotesi di interventi ad attuazione diretta per ristrutturazione edilizia e cambiamenti d'uso prescindenti dalla disciplina del Codice dei beni culturali e del paesaggio - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela dei beni culturali e della competenza legislativa statale nella materia concorrente della valorizzazione del patrimonio culturale.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, art. 6, comma 1, lett. a) e b).
- Costituzione, artt. 9, 117, commi secondo, lett. s), e terzo; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, artt. 135, 136, comma 1, lett. a), 143, commi 1, lett. b) e g), e 4, lett. a) e b), 145, comma 3, e 146.

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Attribuzione ai proprietari degli edifici o isolati di quantità edificatorie premiali in alcuni interventi di restauro, risanamento conservativo e ristrutturazione edilizia ed urbanistica - Definizione della quantità premiale come fattispecie costituita da diritti edificatori espressi in superficie utile coperta - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della riserva di legge statale in ordine alla determinazione dei modi di acquisto e di godimento della proprietà, violazione della competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile e della competenza legislativa statale nella materia concorrente del governo del territorio.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, artt. 8, 9 e 10.
- Costituzione, artt. 42, comma secondo, 117, commi secondo, lett. l), e terzo.

**Beni culturali e paesaggistici - Norme della Regione Umbria - Centri storici - Interventi premiali - Limiti da rispettare - Mancata previsione dell'osservanza del DM 1444 del 1968 - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile e della competenza legislativa statale nella materia concorrente del governo del territorio.**

- Legge della Regione Umbria 10 luglio 2008, n. 12, artt. 10, comma 2, e 11, comma 2.
- Costituzione, art. 117, commi secondo, lett. l), e terzo.

Ricorso per il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui uffici domicilia *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, 12;

Contro Regione Umbria, in persona del Presidente della Giunta regionale per la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge regionale Umbria n. 12 del 10 luglio 2008 (B.u.r. n. 33 del 16 luglio 2008).

#### SI OSSERVA IN FATTO

La legge Umbria n. 12/2008 detta norme per i centri storici.

In particolare la legge umbra si propone di favorire la permanenza o il reinserimento dei residenti e degli operatori economici; incentivare il recupero e la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente; valorizzare e tutelare gli edifici di pregio; riqualificare gli spazi pubblici e privati; ridurre la vulnerabilità sismica del patrimonio immobiliare e la vulnerabilità urbana; migliorare l'accessibilità e la mobilità; adeguare i fabbricati, gli impianti e i servizi pubblici, al fine di conseguire adeguati livelli di sicurezza e di sostenibilità ambientale, con particolare riguardo per il risparmio energetico, l'uso contenuto delle risorse, la riduzione degli inquinamenti e la cura estetica dei manufatti; raggiungere, negli spazi pubblici, livelli di sicurezza adeguati ai bisogni delle diverse fasce di età e dei soggetti diversamente abili; mantenere, insediare e valorizzare attività artigiane, turistico-ricettive, direzionali, commerciali, di servizi, sociali, ricreative, culturali e artistiche; curare l'immagine del centro storico come componente del paesaggio; migliorare la fruizione dei beni culturali e dei luoghi storico-artistici; individuare percorsi culturali e museali definendo modalità di gestione che assicurino l'autofinanziamento; realizzazione di punti informativi quali porte di accesso ai servizi e alle reti turistico-ricettive.

Determinati comuni, con popolazione superiore a diecimila abitanti o il cui centro storico sia più ampio di 14 ettari, sono tenuti a redigere un quadro strategico di valorizzazione dei centri storici. Per i restanti comuni la redazione del quadro strategico non è obbligatorio.

All'interno dei centri storici, possono essere individuati ambiti di rivitalizzazione prioritaria (ARP), tra quelli caratterizzati da degrado edilizio, urbanistico, ambientale, economico, sociale e funzionale. In tali ambiti i comuni possono attuare programmi urbanistici, piani attuativi e programmi urbani complessi comprendenti interventi di restauro, risanamento conservativo, ristrutturazione edilizia o urbanistica di edifici od isolati.

#### SI OSSERVA IN DIRITTO

Della legge regionale *de quo* non è indicata la base costituzionale; si deve pertanto procedere per ipotesi, per ritornare sull'argomento quando la regione avrà dispiegato le proprie ragioni.

Si prendono pertanto in esame le possibili basi costituzionali, per poi verificare se la potestà legislativa, nella ipotesi della sua sussistenza, sia stata esercitata correttamente.

La legge regionale presenta aspetti di illegittimità costituzionale relativamente a numerose disposizioni che di seguito saranno richiamate in relazione ai parametri costituzionali ed alle norme interposte.

La valorizzazione (e prima ancora, sia pure nominalmente, la tutela, cui la legge regionale dedica accenni) dei centri storici viene perseguita dalla legge medesima in una prospettiva tutta interna al governo del territorio, prescindendo dalla considerazione dell'esistenza dalla normativa statale in materia di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale (Codice dei Beni culturali, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) che disciplina obiettivi, strumenti e moduli procedurali di esercizio delle relative attività amministrative.

Dal punto di vista delle qualificazioni giuridiche, i centri storici sono, prima di tutto, un'importantissima componente del patrimonio culturale, quale luogo privilegiato di ubicazione dei beni culturali, individuati con provvedimenti statali (mediante le dichiarazioni di interesse storico-artistico, archeologico, storico-relazionale e, per i beni di appartenenza pubblica, mediante le corrispondenti verifiche dell'interesse culturale) e disciplinati dalle disposizioni della Parte II del Codice dei beni culturali e del paesaggio. I centri storici sono quindi da considerarsi alla stregua di «beni culturali complessi», tutelabili nell'insieme a prescindere dalla qualificazione dei singoli immobili rinvenibili al loro interno, inoltre, di regola, essi stessi, nel loro insieme, sono beni paesaggistici, ai sensi delle disposizioni della Parte III

del predetto Codice, il quale ribadisce che, nell'ambito della tipologia dei beni paesaggistici costituita da «i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale» devono intendersi «inclusi i centri e i nuclei storici» (articolo 136, lettera *c*).

In particolare, tutti i centri storici più significativi della Regione Umbria sono sottoposti a vincoli paesaggistici.

La disciplina della tutela dei beni culturali e dei beni paesaggistici, rinvenibile nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, è espressione della potestà legislativa esclusiva, ai sensi dell'articolo 117, comma secondo, Cost. Il Codice dei beni culturali e del paesaggio (articoli 138, 141-*bis* e 143) stabilisce che i vincoli paesaggistici (quelli nuovi, ma anche quelli esistenti) siano corredati dalle «prescrizioni d'uso» dei beni vincolati, in particolare, prevedendo (articolo 143) che i piani paesaggistici regionali definiscano apposite prescrizioni e previsioni preordinate alla conservazione degli elementi costitutivi e delle morfologie dei beni, alla riqualificazione delle aree compromesse o degradate, all'individuazione delle linee di sviluppo urbanistico ed edilizio, in funzione della loro compatibilità con i diversi valori paesaggistici riconosciuti e tutelati, la ricognizione degli immobili e delle aree dichiarati di notevole interesse pubblico, la loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea all'identificazione, l'individuazione di specifiche prescrizioni d'uso nonché i casi nei quali la realizzazione degli interventi effettivamente volti al recupero e alla riqualificazione non richiede l'autorizzazione di cui all'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

I piani paesaggistici (insieme ai vincoli provvedimentali che i piani sono tenuti a recepire ed a coordinare) prevalgono sugli strumenti urbanistici generali ed in generale su qualsiasi previsione in materia di governo del territorio, come viene espressamente sancito — in coerenza con l'orientamento ormai pacifico da codesta Corte — dall'articolo 145 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Le censurate disposizioni della legge regionale confliggono con le disposizioni degli artt. 135; 136, comma 1, lett. *a*); 143, comma 1, lett. *b*) e *g*) e comma 4, lett. *a*) e *b*); 145, comma 3; 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, e loro tramite, con gli artt. 9 e 117, secondo comma, lett. *s*) e terzo comma Cost. che riservano alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la tutela del patrimonio culturale paesaggistico e sanciscono che la potestà legislativa concorrente in materia di valorizzazione del patrimonio culturale sia esercitata nel rispetto dei principi fondamentali della legge statale.

Sulla base di tali norme interposte la legge regionale in esame risulta censurabile relativamente alle seguenti norme:

1) le disposizioni contenute nell'art. 2, comma 1, lettere *a*) e *c*), definiscono i «centri storici» e il «quadro strategico di valorizzazione» stabilendo, rispettivamente, che gli insediamenti vengano individuati dai comuni e che il programma di valorizzazione delinea le politiche comunali da attuarsi;

2) la norma di cui all'art. 3, comma 1, lettera *d*), indica come obiettivo regionale la valorizzazione e la tutela degli edifici di particolare pregio ed interesse storico, architettonico e monumentale;

3) la previsione contenuta nell'art. 4, comma 3, demanda al Comune ogni competenza in merito all'individuazione e regolamentazione dei centri storici, mediante la redazione di un «quadro strategico di azione» compilato secondo le linee guida approvate dalla Giunta regionale;

4) le disposizioni di cui all'art. 6, comma 1, lettere *a*) e *b*), prevedono ipotesi di interventi ad attuazione diretta per ristrutturazione edilizia e cambiamenti d'uso. Tali disposizioni prescindono dalla disciplina del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Infatti l'imposizione e la gestione dei vincoli culturali e paesaggistici, come sopra evidenziato, rientrano per intero nelle competenze del Ministero per i beni e le attività culturali.

L'imposizione dei vincoli paesaggistici e la loro integrazione con le prescrizioni d'uso, competono in forma disgiunta e parallela alla regione ed al Ministero (articoli 140, 141 e 141-*bis* del Codice). L'elaborazione dei piani paesaggistici è demandata alla competenza congiunta dei due livelli istituzionali (articolo 143).

La stessa gestione dei vincoli, attraverso il procedimento autorizzatorio dei singoli progetti, vede la competenza delle regioni, con subdelega agli enti locali, ma con la partecipazione endoprocedimentale della Soprintendenza statale (la quale, attraverso l'espressione di un parere vincolante, assume un ruolo preponderante fino al momento in cui i vincoli non siano stati corredati delle prescrizioni d'uso dei beni - articolo 146 del Codice).

Ciò fa sì che non si possano pianificare o incentivare interventi di riqualificazione o trasformazione dei centri storici, se non intervenendo anzitutto nelle sedi di esercizio dei poteri di tutela, indicate dal Codice: provvedimenti dichiarativi, piani paesaggistici, piani urbanistici comunali nella parte in cui recepiscono e dettagliano su scala di progetto le previsioni dei primi.

Vale a dire, in sedi decisionali, statali o regionali, distinte da quelle comunali in cui vengono decise le politiche di governo del territorio (urbanistica), e comunque attraverso elaborazioni e valutazioni di interessi specifiche ed autonome rispetto ad esse.

Nella legge regionale non vengono previsti raccordi con l'elaborazione e l'integrazione dei vincoli provvedimentali e dei piani paesaggistici e con i conseguenti procedimenti autorizzatori, né con i procedimenti autorizzatori che discendono dai vincoli storico-artistici.

La legge regionale non presuppone né richiama l'esito delle valutazioni compiute ai fini di tutela ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio, né prevede in alcun caso l'intervento delle Soprintendenze e non contiene riferimenti al necessario rapporto di leale collaborazione tra Stato e regioni che la materia impone.

Il fatto che la legge regionale non prenda espressamente e concretamente in considerazione l'obbligo di tutela dei centri storici come beni culturali e beni paesaggistici (obbligo che, in base all'art. 9 Cost., cui danno oggi specifica attuazione gli articoli 1-5 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, grava anche sulle regioni), ma si limiti a disciplinarne la valorizzazione, in una prospettiva esclusivamente interna alle tematiche del governo del territorio e dello sviluppo locale, come già sopra precisato, la pone in contrasto — oltre che con l'art. 9 — con l'articolo 117, commi secondo, lettera s) e terzo, Cost.

Infatti, va ribadito che la tutela dei beni culturali rientra nella potestà esclusiva dello Stato, e la valorizzazione può essere disciplinata dalle regioni nel rispetto dei principi fondamentali della legge statale, tra i quali assumono rilievo la prevalenza logico-giuridica delle attività di tutela (articolo 6, comma 2, del Codice: «La valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze»), ed il metodo della cooperazione nell'esercizio delle funzioni e dei compiti in materia di valorizzazione (articolo 7, comma 2: «Il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali perseguono il coordinamento, l'armonizzazione e l'integrazione delle attività di valorizzazione dei beni pubblici»). Una disciplina della valorizzazione che si sviluppi autonomamente, prescindendo dai necessari raccordi con la disciplina della tutela, elude e rende impossibile la realizzazione di detti principi.

Anche qualora si ritenesse che la Regione Umbria ha inteso disciplinare i centri storici come meri «beni a rilevanza culturale» e, secondo le indicazioni contenute nelle sentenze di codesta Corte n. 94/2003 e n. 232/2005, abbia dettato una disciplina «leggera» ed aggiuntiva di quella statale di tutela, la carenza di qualsiasi previsione di raccordo con le sedi della tutela dei centri storici resta comunque censurabile, in quanto determina una sistematica duplicazione dei procedimenti amministrativi: quelli previsti dalla legge regionale, ai fini della selezione ed incentivazione degli interventi, si sovrappongono a quelli già disciplinati dal Codice, senza avere la forza di modificarli, così originando incertezza negli amministratori e negli utenti, aggravando i procedimenti e spreco di risorse pubbliche.

Risultano altresì censurabili, perché in contrasto con la competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera l), nonché con i principi fondamentali in materia di governo del territorio, quindi in violazione dell'articolo 117, terzo comma della Costituzione, le seguenti norme:

1) L'articolo 8, e collegati articoli 9 e 10, disciplina gli «interventi premiali», prevedendo che i proprietari degli edifici o isolati possono beneficiare di quantità edificatorie premiali in alcuni interventi di restauro, risanamento conservativo e ristrutturazione edilizia ed urbanistica.

Il comma terzo dell'art. 8 definisce la quantità premiale come fattispecie «... costituita da diritti edificatori espressi in superficie utile coperta...». Tali disposizioni, prevedendo un forma di perequazione generalizzata, incide sul contenuto del diritto di proprietà e sul regime della pubblicità dei trasferimenti immobiliari, in assenza dei principi generali nella materia i quali non possono che essere contenuti nella legge statale in virtù della riserva di legge prevista dall'art. 42, secondo comma, Cost. (in ordine alla determinazione dei modi di acquisto e godimento della proprietà) e della competenza esclusiva attribuita allo Stato in materia di ordinamento civile dall'art. 117, secondo comma, lett. l), Costituzione;

2) le disposizioni contenute negli articoli 10, comma 2, e 11, comma 2, non prevedono, rispettivamente, che l'utilizzo della prevista quantità premiale debba avvenire nel rispetto anche delle distanze minime di cui al d.m. n. 1444 del 1968 e non impone il rispetto di tali limiti per la ricostruzione di edifici demoliti. In proposito si richiama la sentenza di codesta Corte n. 232 del 2005, che ha precisato che la disciplina delle distanze fra costruzioni rientri nella materia dell'ordinamento civile, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, che pertanto non può essere derogata dal legislatore regionale.

*P. Q. M.*

*Si conclude perché le norme impugnate siano dichiarate costituzionalmente illegittime;*

*Si produce estratto della deliberazione del Consiglio dei ministri.*

Roma, addì 12 settembre 2008

*L'Avvocato dello Stato:* FRANCESCO LETTERA

N. 322

*Ordinanza del 13 maggio 2008 emessa dalla Corte di cassazione  
nel procedimento civile promosso da N.B. contro UMS Generali Marine S.p.A. ed altro*

**Infortuni sul lavoro e malattie professionali - Crediti da risarcimento del danno differenziale subito dal lavoratore in conseguenza di infortunio sul lavoro, vantati nei confronti di datore di lavoro dichiarato fallito - Azione diretta del lavoratore nei confronti dell'assicuratore del datore di lavoro - Mancata previsione secondo il «diritto vivente» - Violazione del principio di uguaglianza per ingiustificata disparità di trattamento rispetto al lavoratore in caso di infortunio «in itinere» in quanto vittima di incidente stradale - Lesione del diritto di azione e difesa in giudizio e del principio del giusto processo - Violazione del principio di tutela del lavoratore.**

- Codice civile, art. 1917, comma secondo.
- Costituzione, artt. 3, 24, 35 e 111.

### LA CORTE DI CASSAZIONE

Ha pronunciato la seguente ordinanza interlocutoria sul ricorso proposto da N. B. elettivamente domiciliato in Roma, via Carlo Poma 2, presso lo studio dell'avvocato Assennato Giuseppe Sante, rappresentato e difeso dall'avvocato Garlatti Alessandro, giusta delega in atti, ricorrente;

Contro UMS Generali Marine S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, via Bertoloni n. 41, presso lo studio dell'avvocato Guancioli Giuseppe, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Bozzo Rodolfo, giusta delega in atti, controricorrente; nonché contro Fallimento Strumet S.p.A., intimata; avverso la sentenza n. 1414/2004 della Corte d'appello di Roma, depositata il 22 marzo 2004 R.G.N. 859/02.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 12 febbraio 2008 dal consigliere dott. Aldo De Matteis;

Uditi gli avvocati Garlatti Alessandro e Assennato G. Sante;

Udito l'avvocato Guancioli Giuseppe;

Udito il p.m. in persona del sostituto procuratore generale dott. Ignazio Patrone che ha concluso per il rigetto del ricorso.

### Ordinanza

Il sig. B. N., dipendente della S.p.A. Strumet, ha subito in data 17 novembre 1995 un infortunio sul lavoro, dal quale è rimasto paraplegico.

Ha proposto domanda di risarcimento del danno differenziale nei confronti della società, che veniva dichiarata fallita nel corso del processo.

La domanda di ammissione al passivo del fallimento per L. 1.672.693.929 veniva respinta dal G.D. per carenza di prova sul credito, ma accolta in sede di opposizione. Costitutosi il fallimento, e chiamata in causa la UMS Generali Marine, assicuratrice per gli infortuni della Strumet, il tribunale adito, con sentenza 11 ottobre 2001, n. 33220, così decideva:

1) ammetteva al passivo fallimentare il credito del N. per la somma di L. 1.328.000.000, oltre interessi e rivalutazione, con collocazione in privilegio generale *ex art. 2751-bis* del codice civile, oltre interessi e rivalutazione, ritenendo, nel merito, provata la colpa di altro dipendente della Strumet, mentre nessuna prova sussisteva sul concorso colposo del N. ;

2) dichiarava inammissibili le domande di condanna proposte nei confronti del fallimento (perché improponibile *ex art. 52 legge fall.*) e della compagnia assicuratrice, non essendo il N. titolare di azione diretta nei suoi confronti;

3) accoglieva la domanda del fallimento nei confronti della UMS Generali Marine, dichiarando quest'ultima tenuta, entro il limite del massimale contemplato nel contratto assicurativo, a rifondere al fallimento le somme che esso dovesse erogare al ricorrente creditore in esecuzione di riparti parziali o finale dell'attivo;

4) compensava, infine, le spese del giudizio tra tutte le parti in causa.

Con sentenza 3/22 marzo 2004 n. 1414 la Corte d'appello di Roma ha respinto l'appello principale della UMS Marine; ha respinto altresì l'appello incidentale con cui il N. si doleva della mancata condanna diretta dell'assicuratore nei suoi confronti e della compensazione totale delle spese dei due gradi del giudizio.

Quanto all'appello incidentale del N., confermava la motivazione del primo giudice, che aveva ritenuto inammissibile quella di condanna diretta del danneggiato, in quanto mai il fallimento ha domandato, ai sensi dell'art. 1917, secondo comma c.c., all'assicurazione di pagare direttamente al danneggiato.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per Cassazione il N., con due motivi, il primo attinente all'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del fallito, il secondo alla compensazione delle spese processuali.

Si è costituita con controricorso la UMS Generali Marine, resistendo alle domande del N.

Con il primo motivo il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1917, secondo comma, 2900 cod.civ., 112 c.p.c.; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine a punto decisivo della controversia, si duole del mancato riconoscimento di azione diretta, anche in via surrogatoria, del lavoratore danneggiato nei confronti dell'assicuratore del datore di lavoro fallito.

La questione è stata già esaminata da questa Corte in relazione ad analoga pretesa, avente ad oggetto crediti commerciali, non di lavoro.

La Corte ha preso le mosse dal principio consolidato (*ex plurimis*, Cass. 3 ottobre 1996, n. 8650), secondo cui l'obbligazione dell'assicuratore, avente ad oggetto il pagamento dell'indennizzo all'assicurato, è distinta ed autonoma dall'obbligazione di risarcimento dell'assicurato responsabile nei confronti del danneggiato. La previsione della facoltà dell'assicuratore di pagare direttamente al danneggiato, o dell'obbligo dell'assicuratore di provvedere a tale diretto pagamento ove sia l'assicurato a richiederlo, non attiene alla individuazione dei soggetti del rapporto assicurativo, bensì alle modalità di esecuzione della prestazione dell'assicuratore (Cass. 8 gennaio 1999, n. 103), e pertanto non incide sulla autonomia e distinzione sopra delineata.

Ne consegue che, effettuando il pagamento diretto al danneggiato, l'assicuratore, che non è direttamente obbligato nei confronti del danneggiato, estingue la sua obbligazione nei confronti dell'assicurato. Proprio questa considerazione consente di escludere che la facoltà dell'assicuratore di pagare ed il diritto dell'assicurato di richiedere il pagamento diretto nelle mani del terzo sopravvivano alla dichiarazione di fallimento dell'assicurato. Con il fallimento, infatti, su tutti i beni dell'assicurato, ivi compreso il suo credito nei confronti dell'assicuratore, si apre il concorso dei creditori con il rispetto delle legittime cause di prelazione. Proprio in relazione alla ipotesi del concorso di altri creditori la legge attribuisce, del resto, al danneggiato un privilegio. Orbene, apertosi il concorso sui beni del fallito ed acquisito all'attivo fallimentare il credito dell'assicurato verso l'assicuratore, non è compatibile con l'apertura del concorso la facoltà dell'assicuratore di pagare direttamente il danneggiato.

Con il fallimento dell'assicurato viene pertanto meno la facoltà di pagamento diretto, non potendosi ipotizzare una alterazione, rimessa alla decisione dell'assicuratore, delle regole del concorso che il legislatore ha presupposto, dettando l'art. 2767 c.c.

Il Collegio dubita che l'assetto di tutela del credito del lavoratore per danno differenziale, che deriva dal sistema sopra cennato, sia compatibile con i canoni degli artt. 3 e 35 Cost., in comparazione con altre categorie di soggetti che godono invece di azione diretta verso l'assicuratore o verso altri terzi, e solleva pertanto d'ufficio la relativa questione di illegittimità costituzionale, sotto illustrata.

Tale questione di legittimità costituzionale dell'art. 1917, commi primo e secondo, del codice civile, nella parte in cui non consente al dipendente danneggiato da un infortunio sul lavoro per violazione del dovere di sicurezza azione diretta contro la compagnia assicuratrice del datore di lavoro, è stata già proposta alla Corte costituzionale, la quale, con ord. 13 dicembre 2006 n. 457, l'ha dichiarata manifestamente inammissibile sotto due profili: perché sollevata nel corso di un giudizio che ha quale unico, possibile oggetto l'ammissione al passivo del credito azionato *ex art. 93 o 101 della legge fallimentare* ed il suo rango, nel quale non è in alcun modo rilevante una questione di azionabilità diretta, da

parte del danneggiato, del suo credito risarcitorio nei confronti dell'assicuratore, né una questione di assimilabilità del credito da infortunio del fallito verso l'assicuratore (sottratto, perché «personale», alla massa attiva) al suo debito verso il danneggiato (che dovrebbe essere sottratto, viceversa, alla massa passiva); perché la questione è stata prospettata dal giudice remittente in termini commisti ad una modifica dell'ordine legale dei privilegi, come tale estranea all'oggetto del giudizio *a quo*, promosso dall'appellante esclusivamente per la riforma del capo della sentenza che aveva rigettato la pretesa di azionare il credito direttamente nei confronti dell'assicuratore.

Il Collegio Ritiene di dovere riproporre la questione nel merito, depurata dai profili di inammissibilità.

Quanto al secondo, nella causa odierna non viene prospettata alcuna questione di ordine di privilegi.

Anzi, la presente ordinanza prende le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 1983, n. 326, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'art. 2751-*bis*, n. 1 cod. civ., nella parte in cui non munisce del privilegio generale istituito dall'art. 2, della legge 29 luglio 1975, n. 426, il credito del lavoratore subordinato per danni conseguenti ad infortunio sul lavoro, del quale sia responsabile il datore di lavoro, se e nei limiti in cui il creditore non sia soddisfatto dalla percezione delle indennità previdenziali e assistenziali obbligatorie dovute al lavoratore subordinato in dipendenza dello stesso infortunio. Tale statuizione ha due implicazioni: a) l'avvenuta copertura previdenziale dell'evento infortunistico non esclude l'esigenza di particolare tutela della distinta pretesa per danno differenziale derivante dal medesimo evento; b) l'esigenza di attribuire trattamenti satisfattori equipollenti a tutti i crediti, retributivi e risarcitori, nascenti dal rapporto di lavoro.

Quanto al primo profilo di inammissibilità, ritiene il Collegio che il principio di concentrazione delle tutele derivante dall'art. 111, secondo comma, Cost., inserito dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2. Cost. sul giusto processo e sulla sua ragionevole durata (*ex plurimis*, Cass., sez. un. 15 novembre 2007, n. 23726, *idem* 28 febbraio 2007, n. 4636, Cass. 24 gennaio 2007, n. 1540), consenta, e in un certo senso imponga, nell'alternatività tra azione diretta verso l'assicuratore e ammissione al passivo fallimentare dell'assicurato (eventualmente per il residuo non coperto dall'assicuratore), una risposta giudiziaria contestuale e coordinata alla domanda di giustizia del danneggiato. Tale esigenza di concentrazione è a fondamento delle modifiche apportate alla legge fallimentare dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in particolare dell'art. 24, con l'eliminazione delle precedenti limitazioni alla cognizione del tribunale fallimentare, e della giurisprudenza di questa Corte, che, nell'affermare la mera specialità del rito, con esclusione di qualsiasi profilo di competenza, ammette la trattazione contestuale avanti al tribunale fallimentare di tutte le questioni, anche nei confronti di terzi, incidenti sulla formazione dello stato passivo (Cass., sez. un., 12 novembre 2004, n. 21499, Cass., sez. I, 3 maggio 1970, n. 9170). E non vi è dubbio che l'eventuale azione diretta nei confronti del N. del terzo assicuratore ha incidenza sia sulla formazione dello stato passivo, sia della massa attiva.

Nel merito la rilevanza costituzionale del danno del lavoratore infortunato, evidenziata dalla sentenza della Corte cost. n. 326/1983 cit., si arricchisce ora di nuovi termini di comparazione, al di fuori della tematica dell'ordine dei privilegi.

In primo luogo vi è l'azione diretta, riconosciuta dall'art. 1676 cod. civ., dei dipendenti dell'appaltatore sul debito del committente nei confronti dell'appaltatore.

Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, da considerarsi diritto vivente, l'apertura del procedimento fallimentare nei confronti dell'appaltatore non comporta improcedibilità dell'azione precedentemente esperita dai dipendenti nei confronti del committente, ai sensi dell'art. 1676 cod. civ., per il recupero dei loro crediti verso l'appaltatore-datore di lavoro, atteso che la previsione normativa di una tale azione risponde proprio all'esigenza di sottrarre il soddisfacimento dei crediti retributivi al rischio dell'insolvenza del debitore e che, d'altra parte, si tratta di un'azione «diretta», incidente, in quanto tale, direttamente sul patrimonio di un terzo (il committente) e solo indirettamente su un credito del debitore fallito, sì da doversi escludere che il conseguimento di una somma, che non fa parte del patrimonio del fallito, possa comportare un nocimento delle ragioni degli altri dipendenti dell'appaltatore, che fanno affidamento sulle somme dovute (ma non ancora corrisposte) dal committente per l'esecuzione dell'opera appaltata; né tale situazione suscita sospetti di incostituzionalità, con riferimento all'art. 3 Costituzione (letto in corrispondenza del principio della *par condicio creditorum*), non essendo irrazionale una norma che accorda uno specifico beneficio a determinati lavoratori, anche rispetto ad altri, in relazione all'attività lavorativa dai medesimi espletata e dalla quale un altro soggetto (il committente) ha ricavato un particolare vantaggio (Cass., 10 luglio 1984, n. 4051, Cass., 10 marzo 2001, n. 3559, Cass., 23 agosto 2004, n. 16577, Cass., 24 ottobre 2007, n. 22304).

E benché il committente sia figura certamente diversa dall'assicuratore, la struttura del rapporto e la effettività di tutela è la stessa: la possibilità del lavoratore di aggredire il patrimonio di un terzo, debitore nei confronti del suo datore di lavoro, nei limiti di tale debito, nonché sottrazione, in tal modo, del credito del lavoratore alla *par condicio creditorum*.

A questo modello effettuale può essere ricondotta la disciplina degli artt. 23, comma 3, per il contratto di somministrazione di manodopera, e 29, comma 2, per il contratto di appalto, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, i quali, nel prevedere la responsabilità solidale rispettivamente dell'utilizzatore e del committente, consente l'azione diretta del lavoratore nei confronti del debitore del suo datore di lavoro, ed anche qui la sottrazione del credito del lavoratore alla *par condicio creditorum* del fallimento dell'utilizzatore o del committente.

Altra categoria che viene in considerazione è quella dei danneggiati da sinistro stradale, i quali hanno azione diretta nei confronti dell'assicuratore del danneggiante, nei limiti delle somme per le quali è stata stipulata l'assicurazione per la responsabilità civile (art. 18, legge 24 dicembre 1969, n. 990). In tal caso, ovviamente, le somme dovute dall'assicuratore al danneggiato sono sottratte alla *par condicio creditorum* del danneggiante dichiarato fallito.

In questo caso, la violazione degli artt. 3 e 35 Cost. appare più evidente, per la diversità di trattamento del credito risarcitorio riservato al lavoratore infortunato sul lavoro rispetto agli infortunati vittime di incidenti stradali.

Vi sono ulteriori profili di irrazionalità, rilevanti ai sensi dell'art. 3 Cost., secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, della attuale disciplina dell'art. 1917, secondo comma, cod. civ.: *a)* in relazione al credito risarcitorio del lavoratore infortunato, in quanto affida il soddisfacimento o meno di tale bene primario al libito dell'assicuratore o dell'assicurato che, in ragione del tempo in cui avviene, può essere sottratto alla *par condicio creditorum*; *b)* in relazione al credito risarcitorio del lavoratore infortunato in infortunio *in itinere*, il quale gode di azione diretta in quanto vittima della strada, diversamente dal lavoratore infortunato sul luogo di lavoro.

E poiché l'art. 3 Cost. impone di considerare anche gli ostacoli di fatto, non è fuor di luogo rilevare che a distanza di 12 anni dall'evento infortunistico, non vi è stato ancora a favore del N. alcun riparto di attivo da parte del fallimento; in tal modo emerge anche una lesione degli artt. 24 e 111 Cost., perché un'azione diretta nei confronti dell'assicuratore consentirebbe tempi processuali più rapidi e minori costi per spese di giustizia.

L'art. 1917, secondo comma, cod. civ., appare perciò viziato, sotto i cennati parametri di costituzionalità, nella parte in cui rimette il risarcimento del danno differenziale subito dal lavoratore al libito dell'assicuratore o del danneggiante, e non prevede invece azione diretta del lavoratore danneggiato nei confronti dell'assicuratore.

*P. Q. M.*

*Visto l'art. 23, legge 11 marzo 1953, n. 87;*

*Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1917, secondo comma, cod. civ., per lesione degli artt. 3, 35, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede azione diretta del lavoratore per il credito risarcitorio da danno differenziale per infortunio sul lavoro nei confronti dell'assicuratore del datore di lavoro.*

*Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, sospendendo il giudizio in corso;*

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

*Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della sezione lavoro, il 12 febbraio 2008.*

*Il Presidente: CICIRETTI*

N. 323

*Ordinanza del 12 luglio 2008 emessa dal Tribunale di Firenze  
nel procedimento civile promosso da C.S.A. ed altro contro Centro Demetra S.r.l. ed altro*

**Procreazione medicalmente assistita - Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni - Divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari - Previsione della creazione di un numero massimo di tre embrioni ai fini di un unico e contemporaneo impianto - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza sotto il duplice profilo dell'intrinseca incoerenza di detta disciplina con la finalità espletata dal legislatore di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, e dell'ingiustificata uniformità di trattamento riservata a situazioni soggettive normativamente differenziabili in quanto bisognose di un protocollo terapeutico diversificato - Incidenza sul diritto alla salute della donna non adeguatamente bilanciato rispetto alla tutela dell'embrione - Contrasto con il divieto costituzionale di sottoposizione a trattamenti sanitari non voluti dall'interessato e non rivolti alla tutela della sua salute ovvero della salute pubblica, in conseguenza della predeterminazione di un protocollo sanitario unico e non ritagliato sulle necessità di cura della singola persona.**

- Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 14, commi 1 e 2.
- Costituzione, artt. 3 e 32, commi primo e secondo.

**Procreazione medicalmente assistita - Consenso informato - Previsione che la volontà di ciascuno dei soggetti della coppia di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita possa essere revocata fino al momento della fecondazione dell'ovulo - Irrevocabilità del consenso da parte della donna all'impianto in utero degli embrioni creati, dal momento della fecondazione dell'ovulo - Contrasto con il divieto costituzionale di trattamenti sanitari obbligatori che non siano rivolti alla tutela della salute dell'interessato ovvero della salute pubblica.**

- Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 6, comma 3, ultimo periodo.
- Costituzione, art. 32, comma secondo.

## IL TRIBUNALE

Premesso quanto segue: che C.S.A. e P.G., hanno presentato ricorso di urgenza prendendo le seguenti conclusioni:

che il Tribunale di Firenze, disattesa ogni contraria istanza, difesa ed eccezione, con provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, voglia in via urgente dichiarare nel merito e in via principale, il diritto dei ricorrenti di: *a)* ricorrere alla diagnosi genetica pre impianto (PDG) al fine di trasferire e impiantare nell'utero della signora C. gli embrioni creati che non presentino in forma conclamata, la specifica patologia di cui sono portatori i genitori; *b)* sottoporsi ad un protocollo di PMA per il quale il centro medico, in forza di una interpretazione costituzionalmente (artt. 2, 3, 32 Cost.) e teleologicamente (art. 1, legge n. 40/2004) orientata dell'art. 14, comma 2 e 3, legge n. 40/2004, sia autorizzato a produrre un numero di embrioni adeguato a scontare il «rischio genetico» e «diagnostico» del caso concreto, comunque idoneo a mantenere le medesime probabilità di successo dell'intervento rispetto ad una ipotesi ordinaria, quindi non inferiore a 6 unità; *c)* sottoporsi ad un trattamento medico eseguito secondo tecniche e modalità compatibili con un elevato livello di tutela della salute della donna nel caso concreto (con tutte le implicazioni consequenziali in ordine alla decisione circa la contemporaneità del trasferimento di tutti gli embrioni prodotti); *d)* disporre, in attesa della definizione del giudizio di merito e in via incidentale dell'eventuale giudizio di legittimità costituzionale, la crioconservazione dei residui embrioni risultati affetti dalla patologia della esostososi, ordinando infine alla parte resistente la prosecuzione del protocollo di procreazione medicalmente assistita finalizzato all'impianto degli embrioni risultati non affetti ovvero portatori sani.

In via subordinata, renda in via d'urgenza ogni provvedimento ritenuto opportuno in relazione al caso di specie, indicando le modalità di esecuzione;

Renda ogni provvedimento relativo e conseguente, in via subordinata, sollevi la questione di legittimità costituzionale:

A) degli artt. 13 e 14, legge n. 40/2004 (divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso) per contrasto con gli artt. 9, 32, 33 primo comma Cost.;

B) dell'art. 6, comma 3, legge n. 40/2004 (divieto assoluto di revoca del consenso alla PMA dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo) per contrasto con gli artt. 2, 13, 32 Cost.;

C) dell'art. 14, commi 2 e 3, legge n. 40/2004 (numero di embrioni producibili e condotte terapeutiche pre-determinate e inderogabili del medico) per contrasto con gli artt. 2, 9, 31, 32 Cost.; art. 1, legge n. 40/2004;

D) dell'art. 13, commi 1 e 2 e 14, commi 1 e 4, legge n. 40/2004 in quanto affetti da illogicità ed irragionevolezza, per contrasto con gli artt. 4 e 6, legge n. 194/1978 (norma a contenuto costituzionalmente vincolato: Corte cost. sent. n. 27/1975; 26/1981; 35/1997; 514/2002) e artt. 2, 3, 31, 32, Cost.;

E) dell'art. 14, commi 1 e 4, legge n. 40/2004 in quanto affetti da illogicità ed irragionevolezza ove interpretati restrittivamente, per contrasto con gli artt. 2, 32 Cost.;

Con vittoria di spese, competenze e onorari.

A sostegno della domanda le parti ricorrenti hanno esposto in fatto di essere conviventi, di essere affetti da sterilità/infertilità *sine causa* come accertato medicalmente; di essere la signora C. affetta da malattia genetica irreversibile denominata esostososi multipla ereditaria (anch'esso dato certificato medicalmente); di avere fatto richiesta di ricorso alla procreazione medicalmente assistita presso il centro convenuto e di avere altresì richiesto di procedere alla diagnosi pre-impianto attesa l'alta percentuale di trasmissibilità della malattia all'embrione (pari al 50%); di avere ricevuto il rifiuto della struttura sanitaria alla diagnosi pre-impianto a motivo della entrata in vigore della legge n. 40/2004 e delle Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita di cui ai d.m. Ministro della salute 21 luglio 2004, che nel combinato disposto degli artt. 13 e 14 della legge e 7 delle Linee guida vietano la diagnosi pre-impianto consentendo solo una diagnosi osservazionale assolutamente inutile nel caso di specie.

A seguito di ciò e sulla base della recente giurisprudenza di merito essi avevano fatto ricorso al tribunale il quale in sede cautelare li aveva autorizzati alla diagnosi genetica pre-impianto; che quindi essi avevano acquisito relazioni mediche dalle quali si evidenziava che la previsione delle modalità pre-determinate di esecuzione della PMA di cui all'art. 14, comma 2, legge n. 40/2004 erano irragionevoli ed inique nel caso concreto in relazione alla salute della ricorrente e alla possibilità di creazione di embrioni malati pari a 50%; per le ragioni esposte il numero di embrioni necessari ad assicurare una adeguata percentuale di successo era pari a 6.

Le responsabili del Centro convenuto cui essi si erano rivolti, pur concordando sul merito della vicenda, non avevano aderito alla domanda di creazione di 6 embrioni perché, a loro dire, proibito dall'art. 14, legge cit.

Hanno rilevato che la attesa di un giudizio di merito provoca un danno alla salute psichica della coppia ed in particolare della donna anche attesa la incapacità economica di affrontare viaggi terapeutici all'estero come viceversa scelto da altre coppie italiane. Hanno sostenuto in diritto che la situazione sostanziale dedotta è il diritto alla salute, alla autodeterminazione informata alla procreazione cosciente ed assistita; che vi sia una relazione necessitata tra concreta possibilità di successo della diagnosi genetica ed il numero di embrioni producibili; che la richiesta della coppia di adeguare il protocollo della fecondazione assistita alle esigenze del caso concreto è legittima e fondata e in contrasto colla *ratio* dell'art. 14, legge cit.: infatti la stessa legge prevede un giusto bilanciamento delle posizioni coinvolte, bilanciamento che la applicazione dell'art. 14 in concreto nega: che la mancata esecuzione della diagnosi pre-impianto e il mancato adeguamento del trattamento medico alle esigenze del caso concreto sottopongono i medici a profili di responsabilità. Chiedono inoltre che venga sollevata questione di costituzionalità degli artt. 13 e 14, legge cit. in relazione agli artt. 9, 32 e 33 Cost.; dell'art. 6, comma 3 in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost.; dell'art. 14, commi 2 e 3 in relazione agli artt. 2, 9, 31, e 32, Cost.; degli artt. 13, commi 1, 2, e art. 14, comma 1 e 4 in relazione agli artt. 4 e 6 della legge n. 194/1978; dell'art. 14, commi 1 e 4 in relazione agli artt. 2 e 32 Cost.

Si costituiva il Centro Demetra S.r.l. il quale concludeva per l'accertamento che il Centro medesimo non era tenuto a adempiere spontaneamente alle prestazioni sanitarie richieste dai ricorrenti e in ipotesi che venisse sollevata questione di costituzionalità dell'art. 13, commi 2 e 3 e dell'art. 14, comma 2 per contrasto cogli artt. 2, 9, 31 e 32 Cost. Rilevava quanto segue a sostegno delle proprie ragioni. A seguito di controlli e pareri medici acquisiti, la parte attrice aveva richiesto al Centro di adeguare il protocollo alle particolari esigenze della coppia derivanti dalla patologia genetica che limitava il successo del trattamento dall'ordinario 18% al 5-10% e ciò con due interventi: 1) creazione di un numero di embrioni pari a 6; 2) impianto del numero di embrioni secondo la concreta esigenza della paziente; pur aderendo da un punto di vista medico scientifico alla richiesta, il centro non aveva potuto addivenire alla stessa essendo dall'art. 14,

commi 2 e 3 prevista la creazione di massimo 3 embrioni da impiantare contemporaneamente. Sottolineava come da un punto di vista scientifico, tenuto conto dei rischi collegati al generale stato di salute della madre, la incertezza relativa al tipo di sterilità sofferto, il rischio genetico di creare oltre il 50% di embrioni malati, la previsione di impiantare 3 embrioni in utero si configurava come irragionevole sia per la madre che per l'embrione stesso. L'unico contemporaneo impianto comportava la diminuzione della possibilità di successo con conseguente necessità di plurime stimolazioni ovariche suscettibili di nocimento alla donna. La particolarità della situazione della ricorrente imponeva la creazione di un numero di embrioni sufficiente a scontare oltre il rischio genetico anche quello diagnostico e che veniva individuato nel caso concreto nel numero di 6.

Chiamata la causa avanti al giudice della cautela si costituiva in udienza il prof. M.G.P., in proprio e nella sua qualità di Presidente del comitato Verità e Vita il quale dichiarava di avere interesse a intervenire nel procedimento di urgenza sia ai sensi dell'art. 105, secondo comma c.p.c. in adesione alle ragioni del Centro Demetra sia ai sensi dell'art. 105, primo comma c.p.c. per fare valere le ragioni degli embrioni che i ricorrenti intendevano produrre. Quanto all'intervento a sostegno delle ragioni del Centro Demetra rilevava di avere un proprio interesse a intervenire: il Comitato era una associazione la quale nel proprio Statuto richiamava come fine il riconoscimento e la difesa della vita e della dignità di ogni essere umano dal concepimento alla morte naturale... e in tale qualità essa aveva presentato una proposta di modifica delle Linee guida; quanto all'intervento volontario autonomo rappresentava di avere richiesto la nomina di un curatore speciale degli embrioni richiesta ancora *sub iudice*. Nel merito rilevava la assenza del *periculum in mora*; la inefficacia e la inopponibilità della ordinanza agli embrioni di cui si preannunciava la creazione, ritenuti dalla legge 40 soggetti di diritti verso i soggetti adulti obbligati.

Riteneva la necessità della partecipazione del p.m.

Concludeva perché in via preliminare venisse autorizzata la visione del fascicolo; perché venisse dichiarata la inammissibilità del ricorso; perché nel merito venisse respinta la domanda dei ricorrenti; perché venisse sospesa la decisione in attesa della nomina del curatore degli embrioni e infine perché venisse disposta la integrazione del contraddittorio nei confronti del p.m.

#### *Ritenuto in diritto*

In ordine all'intervento di prof. M.G.P., in proprio e n.n. Egli dichiara di agire personalmente e nella qualità di Presidente del Comitato Vita e Verità sia ai sensi dell'art. 105, primo comma che ai sensi dell'art. 105, secondo comma c.p.c.

L'art. 105, primo comma c.p.c. recita: «Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per valere in confronto di tutte le parti o di alcune di esse un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo».

Quanto all'intervento del P. in proprio egli non deduce di essere titolare di alcun diritto e l'intervento è pertanto del tutto inammissibile («L'art. 105 c.p.c., primo comma, descrive l'intervento principale come l'istituto processuale con cui il terzo fa il proprio ingresso nel giudizio per far valere il proprio diritto, relativo all'oggetto o dipendente dal titolo già dedotto nel processo, nei confronti di tutte le parti (C. 10530/2004). E di diritto nel senso giuridico del termine deve trattarsi, non essendo sufficiente un mero interesse di fatto a giustificare l'intervento principale (C. 2453/1983)»); quanto all'intervento del P. quale presidente della associazione Vita e Verità, esso sembra essere svolto deducendo due diverse qualità. Da una parte quale curatore *in pectore* degli embrioni avendo lo stesso Comitato richiesto la nomina di un curatore al presidente del tribunale: si invoca a tale fine anche l'art. 2028 c.c. (gestione di affari altrui).

A tale proposito deve rilevarsi da una parte che nessuna nomina vi è stata in capo al soggetto che agisce e quindi nessun interesse appartenente ad altro eventuale soggetto di diritto rappresentato può essere invocato; dall'altra che l'art. 2028 c.c. presuppone lo svolgimento di negozi a contenuto patrimoniale, ipotesi che certamente non ricorre nel caso di specie (si parla infatti di affare altrui richiamando pertanto una valutazione di ordine economico: «Il concetto di "affare altrui" enunciato dall'art. 2028 è sicuramente molto più ampio di quello di "atti giuridici" che compare in materia di mandato (art. 1703). Per comune ammissione l'affare può riferirsi sia ad atti giuridici che materiali. L'affare, oltre ad essere lecito deve avere contenuto patrimoniale; dovendosi escludere atti di gestione in materia di diritto di famiglia ed ogniquale volta entrino in gioco interessi e ragioni di carattere personale»). Dall'altra parte si invoca il fine che persegue il Comitato volto alla tutela della vita dal concepimento alla morte... e tuttavia tale generico interesse, non configura la specifica situazione giuridica soggettiva indicata come titolarità del diritto richiesta dal primo comma, dell'art. 105 c.p.c.

Quanto alla ricorrenza dell'intervento come descritto dall'art. 105, secondo comma c.p.c. («può altresì intervenire per sostenere le ragioni di una delle parti quando vi ha un proprio interesse»), ribadito quanto sopra detto sull'intervento del P. in proprio, anche per il Comitato di cui è Presidente, attesa la rilevanza giuridica e soggettiva che l'interesse di cui all'art. 105, secondo comma deve avere, ne difetta la ricorrenza («Il terzo interveniente adesivo ha, invero, interesse alla vittoria della parte adiuvata in quanto titolare di una situazione dipendente dal rapporto principale già oggetto della lite, suscettibile di subire un pregiudizio in caso di soccombenza della prima (LIEBMAN, *Manuale*, 97-98; PROTO PISANI, *Lezioni*, 401; MONTESANO, *Arieta*, 306). In particolare, il nesso di pregiudizialità-dipendenza sussiste ogni volta che nell'ambito del rapporto pregiudicato si possa riscontrare, come elemento costitutivo, un altro rapporto intersoggettivo, ossia il rapporto principale o condizionante (MONTELEONE, *Diritto*, 218). Questa peculiare situazione vale ad attribuire al terzo interveniente una legittimazione secondaria o, appunto, dipendente (LIEBMAN, *Manuale*, 98-99)»). L'intervento è pertanto inammissibile.

Infine non ricorrono le ipotesi di intervento obbligatorio del p.m. (questione che nonostante la inammissibilità dell'intervento deve essere esaminata di ufficio) come tassativamente indicate dall'art. 70, secondo comma c.p.c. e pertanto non si è incorsi in nessuna nullità per difetto di contraddittorio, che quindi non deve essere integrato.

#### *Rilevanza della questione di costituzionalità.*

C. e P. chiedono che il giudice della cautela accerti in via di urgenza: 1) il diritto di essi ricorrenti a ricorrere alla diagnosi genetica pre-impianto (PDG) al fine di trasferire e impiantare nell'utero della signora C. gli embrioni creati che non presentino in forma conclamata, la specifica patologia di cui sono portatori i genitori; 2) a sottoporsi ad un protocollo di procreazione medicalmente assistita per la quale il centro medico, in forza di una interpretazione costituzionalmente (artt. 2, 3, 32 Cost.) e teleologicamente (art. 1, legge n. 40/2004) orientata dell'art. 14, comma 2 e 3, legge n. 40/2004, sia autorizzato a produrre un numero di embrioni adeguato a scontare il «rischio genetico» e «diagnostico» del caso concreto, comunque idoneo a mantenere le medesime probabilità di successo dell'intervento rispetto ad una ipotesi ordinaria, quindi non inferiore a 6 unità; 3) a sottoporsi ad un trattamento medico eseguito secondo tecniche e modalità compatibili con un elevato livello di tutela della salute della donna nel caso concreto (con tutte le implicazioni consequenziali in ordine alla decisione circa la contemporaneità del trasferimento di tutti gli embrioni prodotti); 4) a disporre, in attesa della definizione del giudizio di merito e in via incidentale dell'eventuale giudizio di legittimità costituzionale, la crioconservazione dei residui embrioni risultati affetti dalla patologia della esostososi, ordinando infine alla parte resistente la prosecuzione del protocollo di procreazione medicalmente assistita finalizzato all'impianto degli embrioni risultati non affetti ovvero portatori sani.

Essi pertanto in sintesi chiedono l'accesso alla diagnosi pre-impianto, e la applicazione di un trattamento medico (quale sicuramente è la PMA come *infra*) che sia perimetrato sul caso concreto della coppia richiedente, tenendo in conto da una parte la malattia genetica di cui (oltre la sterilità *sine causa* medicalmente accertata e provata in atti) soffre la donna e dall'altra le necessità di tutela della salute della donna (e della coppia), sottoponendola quindi all'impianto che secondo la scienza medica offre più possibilità di successo, con crioconservazione degli embrioni malati in attesa della definizione del procedimento di merito. Motivano la loro richiesta di urgenza quanto al *fumus boni iuris* sulla esistenza di un diritto alla salute della donna e della coppia da bilanciare col diritto degli altri soggetti coinvolti nel trattamento di procreazione medicalmente assistita; quanto al *periculum* colla lesione al diritto alla salute che deriva dal protrarsi del tempo necessario per ottenere una pronuncia di merito.

Tuttavia la applicazione della normativa richiamata dagli attori ed opposta dalla parte convenuta, non autorizza se non in parte, il giudice alla pronuncia richiesta. Quanto alla diagnosi pre-impianto, deve rilevarsi che a seguito dell'intervento della pronuncia del T.a.r. Lazio del gennaio 2008 e alla conseguente emanazione delle linee guida del 18 aprile 2008, che non contengono più la previsione della legittimità della sola diagnosi osservazionale, non sussiste perché non ricavabile dal dettato legislativo (lettura costituzionalmente orientata della legge n. 40) il divieto di accesso alla diagnosi pre-impianto ove volto alla individuazione di malattia genetica (si *cfrt.* sul punto il proprio precedente 17 dicembre 2007 nonché sent. Trib. Cagliari 24 settembre 2007); in ogni caso risulta che la coppia anche nella vigenza delle precedenti Linee guida era stata autorizzata all'accesso alla diagnosi pre-impianto cosicché per l'una e l'altra ragione non vi è interesse alla decisione.

Quanto alle residue richieste formulate, l'art. 14, commi 1 e 2 della legge n. 40, dispongono testualmente «I) È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni fermo quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. II) Le tecniche di produzione degli embrioni... non devono creare un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto comunque non superiore a tre.».

È evidente quindi che la richiesta della parte ricorrente, volta alla creazione di un numero di embrioni idoneo al caso concreto e comunque diverso e superiore a tre, alla effettuazione di un impianto idoneo nel caso concreto e quindi

anche diverso da un unico e contemporaneo impianto di tre embrioni, e all'accertamento che la parte convenuta effettui il trattamento secondo le necessità del caso concreto, ciò implicando necessariamente anche la crioconservazione non solo degli eventuali embrioni malati ma anche degli embrioni sani da eventualmente impiantare dopo l'insuccesso del primo impianto, onde non procedere a nuova stimolazione ovarica, non è accoglibile atteso l'assetto normativo che configura in termini di assoluta vincolatività (sanzionando il diverso comportamento come reato) la necessità della creazione di soli tre embrioni da impiantarsi contestualmente e contemporaneamente in utero con divieto di crioconservazione sia di embrioni malati che genericamente sovrannumerari. Non vi è pertanto spazio per interpretazione costituzionalmente orientate e la applicazione della legge comporterebbe salva la diversa questione di legittimità costituzionale che si pone, il rigetto della domanda. Da ciò consegue la rilevanza della questione di costituzionalità che si intende porre.

Quanto alla ammissibilità della posizione della questione in sede cautelare, nessun dubbio può aversi (e la questione appare condivisa dalla stessa Corte cost. come si ricava per inciso dalle seguenti massime: «Nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale sono inammissibili le questioni sollevate in sede di giudizio cautelare dopo l'accoglimento della relativa istanza da parte del giudice, e ciò per l'avvenuto esaurimento di ogni sua potestà in quella sede, con conseguente irrilevanza della questione ai fini di quel procedimento. Invece, la sospensione, in via provvisoria e temporanea, deg' i atti impugnati fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di costituzionalità disposta contemporaneamente all'ordinanza di rimessione alla Corte, non determinando l'esaurimento del potere cautelare del giudice, non fa venir meno la rilevanza della questione sollevata. (Nella specie, nel giudizio vertente sull'art. 55 del d.lgs. n. 277 del 1991, promosso dal Consiglio di Stato su appello contro un'ordinanza del T.a.r. Veneto con cui si era negata la sospensiva di un provvedimento emesso in base alla norma impugnata, la Corte ha respinto l'eccezione di inammissibilità avanzata dall'Avvocatura di Stato, in quanto la sospensiva dello stesso provvedimento disposta a sua volta dal giudice *a quo* nel sollevare la questione, aveva carattere provvisorio). Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 30).

Il procedimento cautelare è infatti istaurato davanti ad A.G. (secondo quanto richiede l'art. 23, legge n. 87/1953) dotata di potere decisorio sul caso di specie, tanto maggiormente rafforzato dopo la riforma del procedimento cautelare che ha determinato l'affievolimento del vincolo di strumentalità tra la cautela ed il merito, presupponendo pertanto il permanere della efficacia del provvedimento anticipatorio (come l'attuale) pur senza la instaurazione del giudizio di merito.

Valutazioni in ordine alle esigenze di celerità in relazione alla necessità di sospensione conseguente alla questione di costituzionalità, da una parte riposano su dati di fatto attinenti alla lunghezza dei processi che non hanno rilevanza giuridica dall'altro non sono in grado di risolvere la questione della applicabilità da parte del giudice di merito di norme che si presentano difformi dal dettato costituzionale.

#### *Ammissibilità della questione.*

Si intende qui sollevare questione di costituzionalità dell'art. 14, commi 1 e 2, legge n. 40/2004, per contrasto cogli artt. 3, e 32 Cost. e dell'art. 6, comma 3 ultima parte per contrasto coll'art. 32, secondo comma Cost.

Come detto l'art. 14 ai commi citati stabilisce l'obbligo della creazione di un numero massimo di tre embrioni da impiantarsi con unico contemporaneo impianto ed il conseguente divieto di crioconservazione degli embrioni (c.d. embrioni sovrannumerari).

L'assetto voluto dalla legge sulla fecondazione assistita crea grave nocumento alla salute della donna e nello stesso tempo non garantisce il fine che essa stessa si propone come programmatico (favorire la soluzione dei problemi riproduttivi legati derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana...: art. 1, legge n. 40) fornendo soluzioni contraddittorie e non ottimali.

Deve in primo luogo evidenziarsi che la legge impone, in caso di insuccesso, la necessità di procedere a plurime stimolazioni ovariche in quanto prevede la esautività di ciascun ciclo di produzione ed impianto, non consentendo la crioconservazione degli embrioni per successivi impianti; ciò comporta seri problemi per la salute della donna che si deve sottoporre a trattamenti ormonali plurimi, con conseguenze mediche accertate. Ed in particolare:

1) Uso di farmaci induttori della ovulazione: disturbi transitori (flushing, ritenzione idrica, senso di pesantezza all'addome, sbalzi del tono dell'umore); questi ultimi, in caso di trattamenti reiterati, possono provocare gravi conseguenze sulla stabilità psicologica della donna e minare il rapporto con il compagno determinando quindi anche un danno alla salute della coppia;

2) Rischi chirurgici collegati al prelievo ovocitario quali infezioni, sanguinamenti, e rischi connessi all'anestesia;

3) L'incidenza della sindrome da iperstimolazione ovarica severa è stimata complicare l'1% di tutti i cicli di PMA e la mortalità è di 1:45.000/1:50.000 di donne trattate con gonadotropine;

4) Il cancro ovarico è la sesta neoplasia più frequente nelle donne, con un tasso di sopravvivenza a 5 anni del 40%. L'incidenza varia moltissimo nei vari paesi e sono stati identificati un gran numero di fattori di rischio, fra cui l'infertilità e la cosiddetta «ovulazione incessante».

È stato quindi ipotizzato che tra gli effetti dei farmaci induttori della ovulazione potesse esserci quello di un legame con l'insorgenza di qualche caso di cancro. L'incapacità di concepire è di per sé stessa un fattore di rischio.

Quanto in relazione ai rischi alla salute cui la donna è sottoposta inutilmente per la necessità indicata dall'art. 14 cit. di doversi sottoporre a più impianti nel caso di impianto non riuscito.

Non vanno poi taciuti i problemi per la salute psichica della donna e della coppia essendo dato comunemente noto che i trattamenti terapeutici non hanno rilevanza psicologica neutra ma inducono stress tale da arrivare fino a determinare la desistenza dal trattamento o a rivolgersi a centri posti all'estero (pratica che anch'essa comporta disagio psicologico oltre a selezionare le coppie sulla base del censo).

Deve quindi evidenziarsi la lesione al diritto della salute della donna pur nel bilanciamento della tutela della salute dell'embrione richiesto dall'art. 1, legge cit. atteso che aldilà della definizione giuridica del concetto di concepito (sulla quale non vi è neppure nella scienza comunità di interpretazione) deve ritenersi la prevalenza del diritto alla salute dell'essere persona rispetto a ciò che ancora persona non è (non può essere ignorato il richiamo della Corte costituzionale alla tutela prioritaria del già nato rispetto al feto: v per tutte Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27 «Il danno o pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato e non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute della madre che è già persona, e quello dell'embrione che persona deve ancora diventare.»): lesione pertanto del dettato costituzionale di cui all'art. 32, primo comma Cost.

Altresì viene leso il principio di ragionevolezza, estrinsecazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., in contrasto colla finalità esplicitata dalla legge stessa di porre soluzioni a problemi di sterilità o infertilità (art. 1, legge cit.).

Ridurre la fecondazione assistita ad un modello unico valido per tutte le situazioni concrete che si presentano alla attenzione dei medici, comporta obliterare completamente quelle che sono le acquisizioni scientifiche le quali indicano come i plurimi fattori che afferiscono alla coppia genitoriale incidono sulla scelta del trattamento da attuare che quindi deve essere lasciato (come d'altra parte tutti i trattamenti medici salvo sempre il consenso informato) alla discrezionalità del medico che è il depositario del sapere tecnico del caso concreto. Emerge dalla stessa relazione del Comitato sanitario del Ministero che i fattori di sterilità sono legati alla età della donna, alla eventuale malattia genetica di cui uno o entrambi i genitori sono portatori (come nel caso di specie); è dato scientificamente acquisito che l'impianto ottimale non è l'impianto di tre embrioni che diminuisce anzi la possibilità che l'embrione attecchisca; è altresì dato notorio che l'impianto di tre embrioni comporta gravidanze plurigemellari con scarsa possibilità che esse vengano portate a termine e comunque con tutti i rischi per la salute della donna e del feto che le gravidanze plurigemellari comportano. Ed infatti si ha riscontro oggettivo di quanto sino ad ora motivato nei seguenti dati riportati dalla Relazione del ministro della salute al parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15) - anno 2007 - Roma, 30 aprile 2008.

«... La percentuale di gravidanze, calcolata sul totale dei cicli iniziati, è pari al 18,9% e rappresenta un indicatore di efficacia delle tecniche applicate ...

... Percentuali di gravidanze in rapporto all'età della paziente. Una delle variabili che maggiormente influisce sul buon esito dell'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita, e quindi sulla probabilità di ottenere una gravidanza, è l'età della paziente. Le percentuali di gravidanze rappresentate in figura 18, secondo la classe di età delle pazienti, sono calcolate sul numero di cicli iniziati.

Risulta evidente l'esistenza di una relazione inversamente proporzionale tra l'età e le percentuali di gravidanze ottenute. All'aumentare dell'età, infatti, il rapporto tra gravidanze ottenute e cicli iniziati, subisce una progressiva flessione. E se, dai dati raccolti, si evince che su cento cicli iniziati in pazienti con meno di 29 anni, sono state ottenute circa 29 gravidanze, è anche vero che su cento cicli iniziati in pazienti con 45 anni o più, sono state ottenute circa una o due gravidanze, a seconda della tecnica utilizzata.».

Si segnala il rischio di gravidanza gemellare o trigemellare: «Genere di gravidanze: percentuale di gravidanze gemellari e di gravidanze multiple ottenute da tecniche di secondo e terzo livello.

... Per gravidanze multiple vengono intese le gravidanze trigemine e quaduple.

In generale, la percentuale di gravidanze gemellari è pari al 18,4%, mentre le gravidanze multiple rappresentano il 3,3% delle gravidanze ottenute.

Nell'applicazione delle tecniche che prevedono scongelamento di embrioni o di ovociti, le percentuali di gravidanze gemellari e multiple, appare leggermente più contenuta.».

Quanto al successo della legge 40 rispetto alle percentuali antecedenti alla entrata in vigore, così si esprime la relazione ministeriale:

«Andamento nel tempo: variazione delle percentuali di gravidanze ottenute negli anni 2003-2006.

Sia per la tecnica FIVET che per la ICSI si registra un andamento decrescente. Osservando le percentuali di gravidanza sul totale delle tecniche a fresco eseguite, si registra una flessione, statisticamente significativa, che va dal 24,8% del 2003 al 21,2% del 2005. Nel 2006 le percentuali di gravidanza mostrano invece, valori perfettamente sovrapponibili a quelli dell'anno precedente. La figura 21 mostra le percentuali di gravidanza ottenute con tecniche a fresco nei tre periodi precedentemente menzionati, ma questa volta rapportate ai trasferimenti di embrioni eseguiti.

Anche in questa analisi è possibile osservare un andamento negativo nelle percentuali di gravidanza ottenute. Mentre nell'anno 2003 il valore si attestava al 27,6%, nell'anno 2005 questo appare ridotto al 24,5% e anche in questo caso, tali differenze risultano statisticamente significative. Nel 2006 si registrano percentuali di gravidanze simili a quelle del 2005, salvo per la tecnica FIVET che tende ad assumere un valore più simile a quello della ICSI.».

La relazione così conclude: «Già nel 2005 si era osservato che l'età delle pazienti che accedono alle terapie di procreazione assistita, era piuttosto elevata. Nell'osservazione dei dati del 2006 si è rilevato addirittura un incremento, anche se ridotto, dell'età delle pazienti. Come è logico dedurre questo è assolutamente penalizzante rispetto ai risultati che è possibile ottenere grazie all'applicazione dei trattamenti di fecondazione assistita.

È stata confermata, l'osservazione già riportata nel precedente rapporto, che la normativa vigente, ha portato a modifiche nell'applicazione delle pratiche cliniche. Una delle conseguenze indirette di tale applicazione è stato l'aumento della quota di cicli in cui è stata utilizzata la tecnica ICSI, a scapito dell'applicazione della tecnica FIVET, che rispetto al 2005 è ancor più marcata.

L'analisi dei dati rileva come in più della metà dei trasferimenti effettuati vengano utilizzati tre embrioni, questo aumenta il rischio di gravidanze gemellari, soprattutto su pazienti in giovane età.

Questo fenomeno che avevamo soltanto ipotizzato nella precedente relazione, ha trovato conferma grazie all'introduzione di nuove variabili nelle schede di raccolta dati.

Le percentuali di gravidanze ottenute nel 2006 sono perfettamente sovrapponibili a quelle dell'anno precedente, denotando un mancato incremento nelle percentuali di gravidanze che invece si registra in tutti gli altri paesi europei.».

Come dimostrano i dati che si sono riportati, la applicazione della tecnica imposta dalla legge lungi quindi dal favorire le coppie portatrici di sterilità e consentire la nascita di più bambini ha determinato un abbassamento della percentuale di bambini nati colla tecnica in provetta, anche in relazione coi dati degli altri paesi e un aumento dei parti bi o pluri gemellari. Ciò comporta che la tecnica prescelta sia assolutamente irragionevole, e la irragionevolezza risiede nella imposizione di una sola possibilità di impianto con massimo tre embrioni, non valutando i vari fattori che accedono al singolo caso concreto e che si ripete, ne condizionano l'esito (età, malattie, tipo di sterilità etc.) e comporta un pericolo aggiunto alla salute della donna e del feto per l'intervenuto aumento dei parti bi o plurigemellari: è noto infatti che la mortalità perinatale nelle gemellari è circa 5 volte più alta delle singole mentre nelle triple, 7 volte più alta senza contare i costi sia ordinari (ricovero, accertamenti e parti operativi che straordinari (terapia neonatale) che sono assolutamente maggiori dei costi da sostenersi per il parto singolo).

Con ciò lungi dal perseguire l'intento dichiarato di cura della malattia (sterilità), la legge impone con valutazione *ex ante* un trattamento sanitario non necessariamente utile a persone/coppie che presentano peculiarità di salute che andrebbero curate con un trattamento personalizzato. Il caso di specie ne rappresenta un esempio concreto, essendo stato evidenziato dai sanitari che hanno in cura la C., che la possibilità di trasmissione della malattia incide al 50% percentuale da ulteriormente calcolarsi sulla percentuale di successo della PMA in genere. Non lasciare ai ricorrenti in accordo col medico curante, la scelta sul numero di embrioni da creare e successivamente impiantare, provvedendo alla crioconservazione degli embrioni residui, comporta in pratica la negazione all'accesso alla tecnica di fecondazione assistita. Si ha pertanto lesione del principio di ragionevolezza desumibile dall'art. 3 della Costituzione in quanto si trattano in unico modo posizioni soggettive del tutto dissimili e che necessiterebbero di un approccio di cura diverso.

Per altro verso ancora si ha lesione di principi propri della Carta costituzionale.

Non può infatti tacersi che l'art. 32, secondo comma Cost. vieta i trattamenti sanitari obbligatori se non imposti per legge nel rispetto della dignità della persona umana. Deve ulteriormente valutarsi che il trattamento sanitario può essere imposto alla persona per la tutela della sua salute o per la tutela della salute pubblica (TSO o vaccinazioni p.e.). Che la PMA sia trattamento sanitario non è revocabile in dubbio e si evince dalla stessa legge che precisa trattarsi di cura alla sterilità (art. 1 cit.). La predeterminazione di un protocollo sanitario unico, non configurato sulle necessità di cura della singola persona e la necessità di adesione allo stesso comporta la sottoposizione della persona a trattamento sanitario non voluto e non volto alla tutela della sua salute o della collettività: è infatti limite alla applicazione della legge sul trattamento sanitario obbligatorio la limitazione di soli casi in cui la malattia individuale minacci la salute collettiva (così nota dottrina). L'unica eccezione alla obbligatorietà dell'impianto che la legge 40 contempla è posta dall'art. 14, comma 2 cit., laddove si sospende il trasferimento nell'utero per causa di malattia della madre, non prevedibile al tempo della fecondazione e per il solo periodo necessario al superamento di tale stato di malattia.

Ne emerge una necessità dell'impianto così come configurato dalla legge, anche in presenza di un diniego all'impianto da parte della madre ciò comportando una inammissibile coazione alla cura.

Ciò comporta anche la valutazione di contrasto coll'ordinamento costituzionale e segnatamente coll'art. 32, secondo comma Cost. della norma dettata dall'art. 6, legge cit. nella parte in cui sancisce la irrevocabilità del consenso ad accedere alle tecniche di fecondazione assistita dal momento della fecondazione dell'ovulo, con riferimento alla posizione della donna cui deve essere praticato l'impianto. Si ripete infatti che dal principio discende la coercibilità di un trattamento sanitario che non è ammesso dalla Costituzione se non con riserva di legge nella sussistenza dei requisiti che ne legittimano la imposizione.

Deve pertanto sollevarsi questione di costituzionalità degli artt. 14, primo e secondo comma e dell'art. 6, comma 3, u. parte, della legge n. 40/2004 nella parte in cui impongono il divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari, la necessità della creazione di massimo tre embrioni nonché la necessità dell'unico e contemporaneo impianto di embrioni comunque non superiori a tre, e laddove prevedono la irrevocabilità del consenso da parte della donna all'impianto in utero degli embrioni creati, per contrasto col disposto dell'art. 3 Cost. e 32, primo e secondo comma Cost.

*P. Q. M.*

*Dichiara la inammissibilità dell'intervento di prof. M.G.P. in proprio e nella qualità di Presidente del Comitato Verità e Vita;*

*Ritenutane la rilevanza e la non manifesta infondatezza, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 2, legge n. 40/2004, per contrasto, quanto ai commi 1 e 2 dell'art. 14 cit., cogli artt. 3 e 32, primo e secondo comma Cost. e dell'art. 6, comma 3, ultima parte, legge n. 40/2004, per contrasto coll'art. 32, secondo comma Cost., nella parte in cui impongono il divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari, la necessità della creazione di massimo tre embrioni nonché la necessità dell'unico e contemporaneo impianto di embrioni comunque non superiori a tre, e laddove prevedono la irrevocabilità del consenso da parte della donna all'impianto in utero degli embrioni creati.*

*Sospende il giudizio e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.*

*Ordina che la presente ordinanza sia notificata a cura della cancelleria alle parti, al pubblico ministero ed al Presidente del Consiglio dei ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.*

Così deciso in Firenze, l'11 luglio 2008.

*Il giudice estensore: MARIANI*

N. 324

*Ordinanza del 1° luglio 2008 emessa dal Tribunale di Latina  
nel procedimento penale a carico di Benabbou Abdelouahed ed altri*

**Reati e pene - Circostanze aggravanti comuni - Fatto commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale - Violazione del principio di ragionevolezza, per l'applicabilità di tale circostanza aggravante, a seguito dell'inottemperanza alla disciplina amministrativa dell'immigrazione, a prescindere dalla valutazione del giudice della pericolosità sociale - Violazione del principio di uguaglianza - Lesione del principio di inviolabilità della libertà personale - Contrasto con il principio di offensività - Violazione dei principi della personalità della responsabilità penale, di proporzionalità e della finalità rieducativa della pena.**

- Codice penale, art. 61, comma primo, n. 11-*bis*, aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. *f*), del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92,
- Costituzione, artt. 3, 13, 25, comma secondo, e 27, commi primo e terzo.

## IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza ai sensi dell'art. 23, legge 11 marzo 1953, n. 87, nell'ambito del procedimento penale contro Benabbou Abdelouahed nato in Marocco il 30 giugno 1986, Elfilali Othman, nato in Marocco il 27 febbraio 1975, Laghzaoui Kalid, nato in Marocco il 28 dicembre 1984: «imputati del delitto di cui agli artt. 110, 61 n. 11-*bis* e 614 commi 1 e 4 c.p., perché, in concorso tra loro si introducevano all'interno della villa sita in Sabaudia strada Lungomare senza numero civico di proprietà di Del Pennino Paolo Antonio, dopo avere forzato il cancello di ingresso e una delle finestre dell'immobile. Con l'aggravante di aver commesso il fatto con violenza sulle cose e da parte di soggetti che si trovano illegalmente sul territorio nazionale. In Sabaudia in data 16 giugno 2008.

Il 16 giugno del 2008 i tre imputati sono stati tratti in arresto dai Carabinieri di Sabaudia nella flagranza del delitto di violazione di domicilio aggravato.

Nel corso dell'udienza di convalida, celebratasi il giorno successivo, il verbalizzante ha dichiarato che, Tomei Enrico, custode dell'abitazione di proprietà di Del Pennino Paolo, posta sul Lungomare di Sabaudia, aveva notato che la catena e il lucchetto che chiudevano l'ingresso della villa erano stati rotti e sostituiti con altri senza che il proprietario — debitamente contattato — ne sapesse nulla, cosicché aveva chiesto l'intervento dei Carabinieri.

Giunti sul posto gli operanti avevano rilevato sia quanto segnalato dal Tomei sia il danneggiamento della finestra-persiana della camera da letto della villa ed evidenti segni di effrazione cosicché, dopo avere rotto la nuova chiusura, erano entrati nello stabile dove avevano trovato disordine in tutte le stanze, utilizzo della rete elettrica nonostante il generatore fosse stato precedentemente staccato dal custode e i tre imputati nascosti.

Nell'interrogatorio Benabbou Abdelouahed, Elfilali Othman e Laghzaoui Kalid, tutti sprovvisti di documenti e di permesso di soggiorno, hanno ammesso il fatto sostenendo però di essersi introdotti nell'abitazione di Del Pennino senza alcuna violenza sulle cose in quanto avevano trovato la stessa accessibile a chiunque stante la precedente rottura, da parte di terzi, della porta-finestra.

Il Tribunale di Latina, in composizione monocratica, sentite le parti, con ordinanza emessa all'esito dell'udienza di convalida, ha ritenuto che sussistessero i presupposti dell'arresto, indipendentemente dalla contestazione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis* c.p. e, come richiesto dal p.m., ha applicato al Benabbou, pregiudicato, sedicente, senza fissa dimora e gravato già da decreto di espulsione, la misura cautelare della custodia in carcere, mentre ha disposto la rimessione in libertà di Elfilali Othman e Laghzaoui Kalid perché incensurati rinviando all'udienza odierna per definire il processo nelle forme del giudizio abbreviato, come richiesto personalmente dagli imputati.

All'esito della discussione delle parti, il tribunale ritiene che debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-*bis* c.p., introdotto con l'art. 1, lett. *f*) del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, per violazione degli artt. 3, 13, 25/2 e 27/1 e 3 della Costituzione, in quanto rilevante e non manifestamente infondata.

Va premesso che oggetto della presente questione di legittimità costituzionale è una norma contenuta in un decreto-legge del quale allo stato, pur se approvato al Senato nello stesso testo, si ignora se verrà o meno convertito, con o senza modificazioni, ai sensi dell'art. 77 Cost.

Malgrado tale incertezza oggettiva questo giudice ritiene di dovere comunque sollevare la questione di legittimità costituzionale e di non potere attendere l'eventuale stabilizzazione, modifica o perdita, degli effetti giuridici del decreto legge, proprio per evitare di emettere una pronuncia nel merito che possa condurre alla formazione del giudicato in forza di una norma della cui legittimità costituzionale si dubita.

Né, d'altra parte, la condizione di restrizione cui è soggetto l'imputato Benabbou Abdelouahed consentirebbe di rinviare il processo nell'attesa della definitiva stabilizzazione della disciplina in materia riservando solo allora una eventuale impugnazione della norma.

#### 1) Rilevanza della questione proposta.

Quanto alla rilevanza si osserva che gli elementi emergenti richiedono, ai fini dell'affermazione di responsabilità e della configurazione delle aggravanti, l'accertamento anche della ricorrenza dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-bis c.p. contestata agli imputati, sprovvisti di regolari documenti di permanenza in Italia e uno dei tre, Benabbou Abdelouahed, attinto da ordine di espulsione il 1° febbraio 2008 come emerso pacificamente dagli atti e non contestato dall'imputato.

Né, ai fini della esclusione della rilevanza della questione sollevata, potrebbe assumere valenza l'eventuale giudizio di bilanciamento, ai sensi dell'art. 69 c.p., da operare all'esito (della possibile affermazione di responsabilità e) dell'eventuale concessione di attenuanti (in particolare, quelle ex art. 62-bis c.p.). È evidente, infatti, che proprio per compiere correttamente tale eventuale giudizio occorre valutare, da un lato, le attenuanti, dall'altro, le aggravanti ritenute esistenti, sicché la presenza di una o più aggravanti inciderebbe proprio sull'esito del giudizio e sull'entità della pena da applicare.

In definitiva, nell'ipotesi eventuale di condanna, la sanzione da irrogare andrebbe definita nell'ambito della cornice edittale di cui al nuovo testo dell'art. 61 n. 11-bis c.p. del citato decreto legge n. 92/2008, nella cui vigenza è stato posto in essere il fatto delittuoso oggetto del giudizio.

#### 2) Non manifesta infondatezza della questione.

Con riferimento alla non manifesta infondatezza, questo giudice la ritiene sussistente in base alle considerazioni che seguono.

##### 2.1) Violazione dell'art. 3 della Costituzione e dei principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità così come desumibili dalla giurisprudenza costituzionale in relazione al sistema penalistico dell'istituto delle aggravanti.

Per affrontare il tema oggetto del dubbio di costituzionalità è preliminare accertare sinteticamente la natura giuridica della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 11-bis c.p. («se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale»).

Com'è noto la *ratio* essendi delle circostanze del reato è costituita dall'aspirazione del legislatore di adeguare la pena al reale disvalore dei fatti concreti, nella prospettiva di individualizzazione dell'illecito penale e, con esso, della responsabilità dell'agente. Si tratta cioè di uno strumento con il quale si adegua la sanzione al reato e all'agente in un'ottica non solo di prevenzione generale ma anche rieducativa della pena.

Il nostro ordinamento penalistico prevede varie classificazioni delle circostanze ma quelle che in questa sede ci interessano sono le seguenti:

- a) circostanze oggettive e circostanze soggettive (art. 70 c.p);
- b) circostanze comuni e speciali.

La circostanza in esame poiché attiene allo *status* personale di straniero presente illegalmente sul territorio dello Stato non può che essere qualificata come circostanza aggravante di tipo soggettivo connessa alle «qualità personali del colpevole» e poiché è applicabile indistintamente a qualsiasi fattispecie di reato, a prescindere dal tipo e dalle circostanze di fatto che lo caratterizzano — con un aumento di pena generale e costante fino a un terzo ex artt. 64 e 65 c.p. —, deve considerarsi una circostanza aggravante comune, e ciò anche in ragione della sua collocazione entro l'art. 61 c.p. È proprio sotto i profili di generalità ed automaticità tipici delle aggravanti comuni, collegati però ad una «qualità personale del colpevole», che si evidenziano i più gravi dubbi di legittimità costituzionale.

Lo sforzo di tipizzazione della fattispecie penale, grazie alla previsione di elementi accessori del fatto che consentono l'adeguamento della pena al caso concreto, si materializza solo attraverso l'operazione accertativa del giudice che, come per gli elementi essenziali del reato, deve verificare la presenza delle condizioni di fatto costitutive dell'aggravante.

Ad esempio nel caso dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 9 c.p. («l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di

un culto»), qualificata come aggravante comune soggettiva perché concerne la qualità personale del colpevole (Cass. pen. 8 maggio 1981 su Rep. foro It. 1981, 391) non basta che il soggetto possieda la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio o di ministro di culto, ma occorre che il giudice accerti anche «l'abuso» e l'intenzionalità dell'agente di usare il potere oltre i limiti legali. La *ratio* dell'aggravante risiede nell'esigenza di tutela del corretto svolgimento dell'attività, a rilevanza pubblica, svolta da alcuni soggetti.

E ancora, nel caso dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11 c.p. («l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità»), anch'essa qualificata come aggravante comune soggettiva, invece, si intende tutelare il dovere di lealtà nei rapporti di lavoro, di convivenza, di famiglia e di ospitalità, cioè in relazioni interpersonali di reciproco affidamento, cosicché al giudice spetta di accertare in concreto non solo la qualità personale dell'agente ma anche l'abuso della stessa e i rapporti tra colpevole e offeso.

Nelle ipotesi esemplificativamente richiamate, quindi, l'applicazione dell'aggravante comune soggettiva non discende automaticamente dalla condizione o qualità personale dell'agente, ma dalla verifica in concreto che quella condizione abbia effettivamente aggravato la condotta. Solo dopo la valutazione del giudice sul maggiore disvalore del fatto per la sussistenza di tutti i presupposti dell'aggravante si perviene all'applicazione dell'aumento di pena.

L'unico caso assimilabile a quello dell'art. 61 n. 11-*bis* c.p., in cui invece l'applicazione della circostanza discende automaticamente dalla condizione dell'agente, è quello della recidiva prevista dall'art. 70 ultimo comma c.p.

Questo istituto però, non è logicamente e giuridicamente equiparabile alla fattispecie *de qua*, in quanto la recidiva presuppone la condanna dell'agente per una condotta di per sé, ed autonomamente, illecita sul piano penalistico. Ciò che ne giustifica l'automatica applicazione (sul punto vedi *infra* in relazione al potere discrezionale del giudice e al problema dell'automatismo applicativo), indipendentemente dalla relazione della stessa con la fattispecie astratta di reato cui è connessa, si giustifica in ragione del particolare disvalore attribuito dall'ordinamento a chi abbia già commesso altri illeciti penali, perciò accertati dal giudice.

Ripugnerebbe alla coscienza giuridica e sarebbe in contrasto con il nostro sistema un'ipotesi in cui si stabilisse un'aggravante per la commissione di un mero illecito amministrativo (vedi sent. della Corte cost. 354/2002).

Nel caso dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis* c.p. ci troviamo di fronte ad una fattispecie totalmente eccentrica rispetto al sistema e, dunque, irragionevole ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, perché non solo non consente al giudice alcuna valutazione in concreto della connessione tra la qualità di straniero illegittimamente presente nello Stato e la condotta criminale per la quale viene giudicato (come invece avviene per le altre aggravanti comuni soggettive), ma riconnette alla condizione personale dell'inottemperanza alla disciplina amministrativa dell'immigrazione una valenza penale, con obbligatorio riflesso sulla pena. Ciò avviene in termini del tutto differenti rispetto al regime previsto nel caso della recidiva — come modificata dalla legge n. 251 del 2005 — che, come si vedrà oltre, ha indotto il giudice delle leggi (vedi sent. n. 192 del 2007) e il giudice di legittimità (Cass. pen., sent. n. 2606 del 2008) a prospettare una interpretazione che, per essere rispondente alla Costituzione, esclude qualsiasi automatismo ed impone sempre una valutazione discrezionale del caso e della persona in esame con possibilità di evitare l'applicazione dell'aggravamento sanzionatorio allorché la maggiore pericolosità non sia ravvisata in concreto.

D'altra parte, qualora si ritenesse ammissibile un'aggravante derivante dalla commissione di un mero illecito amministrativo l'ordinamento, irragionevolmente, sanzionerebbe in modo uguale situazioni ontologicamente diverse non graduando la pena tra chi commette un illecito amministrativo (art. 61 n. 11-*bis* c.p.), anche non formalmente accertato o contestato — si pensi al caso di specie in cui per Elfilali Othman e Laghzaoui Kalid manca un provvedimento di espulsione —, e chi ha commesso un illecito penale accertato con sentenza passata in giudicato (recidivo).

Il necessario intervento della valutazione del giudice, tale da garantire il rispetto della norma costituzionale invocata è ulteriormente confermato dalla previsione di talune aggravanti, comuni e speciali, fondate unicamente sulla condizione o qualità personale del colpevole, purché sia però preventivamente intervenuto un provvedimento del giudice che abbia accertato la pericolosità del soggetto in forza di specifici provvedimenti che attestino tale qualità.

Ad esempio nel caso dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 6 c.p. («l'aver il colpevole commesso il reato durante il tempo, in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato»), comunemente ritenuta di tipo soggettivo, la maggiore gravità del fatto è determinata appunto dalla maggiore pericolosità del soggetto che, «non piegandosi al potere coercitivo dello Stato» (Cass. 29 gennaio 1994 De Feo) si sottrae volontariamente a provvedimenti restrittivi della libertà personale emessi dall'Autorità giudiziaria e, contemporaneamente, commette un altro reato.

Lo stesso avviene nel caso delle circostanze aggravanti previste da specifiche fattispecie di reato o da leggi speciali come ad esempio:

per l'omicidio (576 c.p.) e per le lesioni personali (585 c.p.), le aggravanti di cui agli artt. 576 comma 1 nn. 3 («dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza») e n. 4 («dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione»);

per la rapina l'aggravante di cui all'art. 628 comma 3 n. 3) c.p. («se la violenza o minaccia è posta in essere da persona che fa parte dell'associazione di cui all'art. 416-bis»);

per l'estorsione le aggravanti di cui all'art. 629 comma 2 c.p. («La pena è della reclusione da sei a venti anni e della multa da euro 1.032 a euro 3.098, se concorre taluna delle circostanze indicate nell'ultimo capoverso dell'articolo precedente»);

per la persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione, l'aggravante di cui all'art. 7 della legge del 1965 («Le pene stabilite per i delitti previsti dagli articoli 336, 338, 353, 378, 379, 416, 416-bis, 424, 435, 513-bis, 575, 605, 610, 611, 612, 628, 629, 630, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 640-bis, 648-bis, 648-ter del codice penale sono aumentate da un terzo alla metà e quelle stabilite per le contravvenzioni di cui agli articoli 695, primo comma, 696, 697, 698, 699 del codice penale sono aumentate nella misura di cui al secondo comma dell'articolo 99 del codice penale se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata»).

In dette circostanze viene in rilievo il profilo di ragionevolezza sotteso alle aggravanti, consistente nella maggiore offensività della condotta derivante dalla commissione di un reato da parte di soggetto nei cui confronti è stato già emesso un provvedimento giudiziario che ne ha accertato la pericolosità — anche specifica per l'associato per delinquere o per l'associato a sodalizio criminale di cui all'art. 416-bis c.p. — (Cass. 29 gennaio 1994, cit.)

Inoltre è utile aggiungere che il legislatore, al solo fine di garantire le funzioni amministrative preordinate all'espulsione degli immigrati irregolari e di disciplinare in modo rigoroso i flussi migratori, stabilisce che la medesima condizione soggettiva possa simultaneamente essere da un lato elemento costitutivo del reato di cui all'art. 14 comma 5-ter del Testo Unico dell'immigrazione — fattispecie anch'essa che prescinde da una accertata o presunta pericolosità dei soggetti responsabili — e dall'altro circostanza aggravante, così da duplicare, anche in termini di pena, la stessa condizione soggettiva allorché l'agente si sia reso responsabile sia del reato di inosservanza all'ordine di allontanamento dato dal questore, sia di altro reato aggravato dalla presenza irregolare nello Stato.

In conclusione, la disposizione impugnata sembra ulteriormente confermare le considerazioni più volte prospettate dalla Corte costituzionale in relazione alla sproporzione e alla irragionevolezza della legislazione interna sulla condizione dello straniero clandestino e si scontra frontalmente con il monito di recente nuovamente espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 22 del 2007, sentenza nella quale, dopo essersi premesso che il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale è «un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione», da atto che le questioni di costituzionalità sollevate con riferimento alla disciplina del Testo Unico sull'immigrazione, per come modificato dalla legge n. 271 del 2004, in comparazione con altre norme penali «può servire eventualmente al legislatore per una considerazione sistematica di tutte le norme che prevedono sanzioni penali per violazioni di provvedimenti amministrativi in materia di sicurezza pubblica, senza dimenticare peraltro che il reato di indebito trattenimento nel territorio nazionale dello straniero espulso riguarda la semplice condotta di inosservanza dell'ordine di allontanamento dato dal questore, con una fattispecie che prescinde da una accertata o presunta pericolosità dei soggetti responsabili» e conclude con un significativo monito, proprio in relazione al profilo sanzionatorio, in forza del quale: «Occorre tuttavia riconoscere che il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa».

## 2.2) *Violazione del principio di ragionevolezza anche in relazione all'art. 13 della Costituzione ed alla valutazione della pericolosità sociale.*

Il decreto-legge n. 92 del 2008, con la previsione impugnata, ha ulteriormente aggravato la disciplina sanzionatoria, nonostante l'indicazione contenuta nella sopra citata sentenza della Corte costituzionale, che aveva richiamato il legislatore ad avvedersi degli squilibri denunciati dai giudici remittenti per invitarlo ad «un intervento legislativo

che ben più efficacemente potrebbe ripristinare un sistema sanzionatorio dagli equilibri compatibili coi valori costituzionali — evocati. In estrema sintesi, la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime questa Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate». Infatti l'aggravante contestata sancisce sostanzialmente un'ipotesi di presunzione *ex lege* di pericolosità del soggetto, tale da imporre un aumento di pena fino ad un terzo rispetto alla pena del reato cui accede e a prescindere da una qualsiasi valutazione in concreto da parte del giudice, cosicché deve essere sottoposta ad uno scrutinio rigoroso di compatibilità anche rispetto all'art. 13 della Costituzione che sancisce un diritto inviolabile dell'uomo, cittadino o straniero che sia (così la sentenza n. 58 del 1995 della Corte costituzionale, al punto 3 del Considerato in diritto, e la sentenza n. 62 del 1994 che, con riferimento alla libertà personale, stabilisce che «il principio costituzionale di uguaglianza in generale non tollera discriminazioni tra la posizione del cittadino e quella dello straniero»).

La norma penale, nella specie l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis* c.p., potrà sacrificare o comprimere detto diritto purchè sia sostenuta dal perseguimento o dalla realizzazione di altri interessi di pari rango costituzionale (sentenze della Corte costituzionale 63/1994, 81/1993, 368/1992, 366/91), dei quali, però, nella specie, non si riesce ad intravedere il fondamento.

Il controllo del fenomeno migratorio illegittimo, infatti, ammesso che rientri tra gli interessi di rango costituzionale e non di mera politica del diritto, non sembra comunque equiparabile a quello della tutela della libertà personale in relazione a categorie di soggetti la cui pericolosità sociale non è in alcun modo dimostrata.

Che la pericolosità sociale dello straniero illegittimamente presente nello Stato non possa essere presunta è altresì dimostrato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, nella sentenza n. 58 del 1995 in cui il giudice remittente dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 86, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 («nella parte in cui obbliga il giudice a emettere, contestualmente alla condanna, l'ordine di espulsione dallo Stato, eseguibile a pena espiata, nei confronti dello straniero condannato per uno dei reati previsti dagli articoli 73, 74, 79 e 82, commi 2 e 3, precludendogli, in forza dell'art. 164, secondo comma, n. 2, c.p., la concessione della sospensione condizionale della pena inflitta»), ha ritenuto irragionevole l'applicazione della misura di sicurezza della espulsione dello straniero «senza l'accertamento della sussistenza in concreto della pericolosità sociale contestualmente alla condanna» (così nel dispositivo della menzionata pronuncia).

Se, dunque, è stata ritenuta costituzionalmente illegittima la disposizione sopra menzionata perché fondata sul solo presupposto legale della condizione di straniero del condannato per la determinazione presuntiva della pericolosità sociale di questi, a maggior ragione ciò deve valere con riferimento all'ipotesi di specie in cui non viene in rilievo, sulla base del medesimo presupposto, l'applicazione di una misura di sicurezza personale ma la quantificazione stessa della pena.

Sotto il profilo della ragionevolezza va ancora osservato che secondo la Corte costituzionale «la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità»; ma tale discrezionalità incontra un insuperabile limite «costituito appunto dalla conformità a Costituzione, ovverosia dalla non manifesta irragionevolezza delle scelte legislative operate» (si vedano, per tutte, la sentenza n. 148 del 2008, la sentenza n. 206 del 2006 e l'ordinanza n. 361 del 2007).

La motivazione della richiamata sentenza n. 58 del 1995 della Corte costituzionale consente appunto di affermare che la non ragionevolezza dell'aggravante in esame discende proprio dal profilo aprioristico di pericolosità che introduce, senza alcun accertamento della sua sussistenza in concreto, ragion per cui appare inidoneo il richiamo, a sua giustificazione, di altri «interessi pubblici» da tutelare, quali il presidio della sicurezza dei cittadini o dell'ordine pubblico.

### 2.3) *Violazione dell'art. 25, secondo comma della Costituzione.*

Se le circostanze aggravanti comuni costituiscono una variante di intensità dell'offesa al bene giuridico tutelato dalla fattispecie di reato cui accedono, ne consegue che anche rispetto ad esse va accertato se rispondono al principio di offensività (si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 265 del 2005 e 519 del 2000), di necessità e di sussidiarietà del diritto penale intesi come corollari del principio di legalità sancito dall'art. 25 della Costituzione.

A questo riguardo è utile richiamare la sentenza della Corte costituzionale n. 409 del 1989 in cui si afferma che «il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale l'ambito del penalmente rilevante».

Proprio il legame indissolubile che deve sussistere tra sanzione penale e commissione di un fatto offensivo, anche alla luce della «individualizzazione» della pena (vedi infra), impone al giudice la valutazione in concreto della incidenza della qualità personale dell'agente sulle specifiche esigenze dei singoli casi al fine di evitare la punizione di una pericolosità presunta e l'adesione ad una ormai definitivamente tramontata concezione etico-sociale del «tipo normativo d'autore» volta a cogliere la tipologia etico-politica degli autori del fatto-reato rispondendo alle esigenze sentite e rappresentate dalla coscienza sociale.

Se, come nella specie, l'aumento di pena è applicato all'agente in forza della sola condizione di straniero presente illegalmente nello Stato, quindi automaticamente in forza di un mero status personale, viene meno il principio verso cui è diretto il nostro sistema penalistico che fonda anche la politica criminale della difesa sociale sulla responsabilità individuale e non su un «a priori» elevato a presunzione di pericolosità sociale.

È evidente, infatti, che in concreto il giudice, sulla base dell'art. 61 n. 11-bis c.p., è oggi tenuto ad accertare solo se esista il fatto costitutivo dell'aggravante — il dato oggettivo della presenza irregolare dello straniero nel territorio dello Stato — ma non anche se e come questo incida sulla fattispecie base tanto da aggravarne concretamente l'offesa.

Ad esempio, per i reati contro l'inviolabilità del domicilio (come quello contestato agli imputati del presente processo penale), contro il patrimonio o contro la persona commessi da stranieri clandestini oggi dovrebbe automaticamente ritenersi sussistente la circostanza pur se concretamente l'offesa non risulti aggravata dallo status dell'agente o percepita dalla stessa vittima come più grave, mentre basterebbe tenerne conto in sede di quantificazione della pena ai sensi degli artt. 133 (in particolare il secondo comma n. 4) e 133-bis c.p., allorché la clandestinità sia concretamente incidente sulla gravità del reato e sulla capacità a delinquere dell'agente.

Al riguardo si richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 354 del 2002 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 688, secondo comma, del codice penale (art. 688 c.p.).

«l. Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, è colto in stato di manifesta ubriachezza è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 51 a euro 309. La pena è aumentata se l'ubriachezza è abituale. 2 La pena è dell'arresto da tre a sei mesi se il fatto è commesso da chi ha già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale»..) proprio stigmatizzando in detta disposizione «una sorta di reato d'autore, in aperta violazione del principio di offensività del reato che, nella sua accezione astratta, costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio di questa Corte (sentenze n. 263 del 2000 e n. 360 del 1995). Tale limite, desumibile dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, nel suo legame sistematico con l'insieme dei valori connessi alla dignità umana, opera in questo caso nel senso di impedire che la qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità dei soggetti non costituiscono illecito penale».

*Mutatis mutandis* ciò deve valere anche nel caso in esame in cui costituisce aggravante, tale da determinare l'aumento di pena, la condizione di clandestinità dello straniero del tutto sconnessa dal concreto contenuto offensivo del reato base e che finisce col punire non tanto la clandestinità in sé, quanto una qualità personale del soggetto.

Se si volesse ritenere che la condizione di clandestinità dell'autore del reato sia di per sé sufficiente a determinare una maggiore dannosità del fatto si ricadrebbe, come sopra sostenuto, nell'accoglimento della concezione etico-sociale del «tipo normativo d'autore» rifiutata dal nostro ordinamento costituzionale e penale.

#### 2.4) *Violazione dell'art. 27 cost. sotto il profilo del principio della personalità della responsabilità penale, dal principio di proporzionalità della pena, del principio rieducativo della pena.*

L'art. 61 n. 11-bis c.p. conduce anche a punire diversamente fatti tra loro oggettivamente identici e che si differenziano solo per lo status personale di chi li abbia commessi, cioè solo per la circostanza che l'autore sia, oppure no, uno straniero presente irregolarmente nel territorio italiano. Questo dato contrasta con il principio della personalità della responsabilità penale, della proporzionalità della pena e della sua funzione rieducativi.

Contrasta con il principio della responsabilità penale personale sancito dall'art. 27 Cost. primo comma in quanto con l'aggravante in esame all'agente si rimprovera non un'attitudine delinquenziale ma una qualità personale, punendo più gravemente un tipo di autore: il clandestino.

Se per i motivi sopra esposti si esclude una valutazione in concreto da parte del giudice non può neanche essere sondato il grado di partecipazione psichica del soggetto rispetto alla sua condizione di irregolare presenza in Italia, nonostante la clausola di apertura del «giustificato motivo» contenuta nella disposizione di cui all'art. 14 comma 5-ter TU immigrazione e riempita di contenuto dalla giurisprudenza costituzionale.

Omettendosi qualsiasi accertamento in concreto viene meno anche «l'uguaglianza di fronte alla pena» intesa come «proporzione» della pena rispetto alle «personali» responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, in violazione dell'esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio che individualizzi le pene inflitte (vedi sent. n. 50 del 1980); al fine di evitare che la funzione aggravatrice della pena possa soddisfare solo esigenze generali di prevenzione e di difesa sociale che prescindono dalla valutazione della personalità del condannato.

Contrasta con il principio rieducativo della pena sancito dall'art. 27, terzo comma della Costituzione nella prospettiva della finalizzazione della sanzione al recupero sociale dell'agente e al suo reinserimento nel circuito della legalità.

Sul punto non vi è dubbio che vi sia un ampio ambito di discrezionalità del legislatore, ma allorché, come nella specie, non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza per le ragioni sopra prospettate, la sanzione diventerà per ciò solo irrazionale ed arbitraria (*cfr.*, tra le numerose decisioni della Corte costituzionale, la sent. n. 72 del 1980 e la sent. n. 103 del 1982).

Prevedere un aumento di pena fino ad un terzo per essere l'autore del fatto uno straniero illegalmente sul territorio dello Stato, senza che ciò determini alcuna maggiore offensività concreta del fatto reato (il cui accertamento è peraltro precluso al giudice) e senza che ciò costituisca un indice concreto di pericolosità dell'agente, frustra la finalità rieducativa della pena perché non vi è un ragionevole rapporto tra maggiore severità della pena ed effettiva entità del reato.

In conclusione l'aggravante in esame da un lato non realizza la finalità retributiva e general preventiva perché non consente di adeguare la pena alla specificità del caso concreto e, anzi, impone, un trattamento sanzionatorio sproporzionato ed inadeguato alla gravità del caso; dall'altro lato non realizza la finalità specialpreventiva e rieducativa della pena poiché una sanzione siffatta non agevola il reinserimento sociale dell'agente né lo riconduce nell'ambito della legalità, anche amministrativa.

Ciò vale a maggior ragione nel caso in esame in cui, in violazione anche del principio di uguaglianza di fronte alla pena, il trattamento sanzionatorio astrattamente previsto per Elfilali Othman e Laghzaoui Kalid, illegalmente presenti in Italia ma non attinti da provvedimento espulsivo, è identico a quello previsto per Benabbou Abdelouahed che è anch'egli irregolarmente in Italia ma non ha ottemperato all'ordine di espulsione (reato quello di cui all'art. 14 comma 5-ter T.U. immigrazione non contestato dal p.m.).

Ne deriva un'irragionevole ed ingiustificata disparità di trattamento penale per effetto della quale, in dipendenza della condizione di clandestino in cui versa l'autore, fatti oggettivamente identici o analoghi sono sottoposti a pene sensibilmente diverse e fatti oggettivamente diversi sono sottoposti alla medesima pena. Solo l'adeguamento del trattamento punitivo alla specificità del caso concreto consente di assicurare un'effettiva eguaglianza di fronte alle pene, contribuisce a rendere «personale» la responsabilità penale e a finalizzare la pena alla rieducazione del condannato.

In questa logica è utile ricordare che il Giudice delle leggi con la sentenza 192 del 2007, in relazione al problema della obbligatorietà o meno della recidiva reiterata e del divieto per il giudice di procedere al giudizio di bilanciamento con le circostanze attenuanti, ha escluso l'automatismo oggetto di censura, fondato su una presunzione assoluta di pericolosità sociale, stabilendo che «conformemente ai criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa», il giudice deve applicare «l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo — in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. — sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo».

Se tali sono i caratteri che deve avere il trattamento sanzionatorio delineato dalla Costituzione, l'attuale disciplina dell'art. 61 comma 11-bis cp non appare conforme ad essi ed anzi li viola.

*P. Q. M.*

*Visto l'art. 23 legge 11 marzo 1953, n. 87, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza;  
solleva questione di legittimità costituzionale, per violazione degli articoli 3, 13, 25, secondo comma e 27 primo e terzo comma della Costituzione, dell'art. 61 n. 11-bis c.p. introdotto con l'art. 1 lett. f) del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92;*

*Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;*

*Sospende il giudizio in corso;*

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

Latina, addì 1° luglio 2008

*Il giudice: DI NICOLA*

N. 325

*Ordinanza del 10 giugno 2008 emessa dal Tribunale di sorveglianza di Venezia  
sull'istanza proposta da J.G.O.*

**Esecuzione penale - Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena - Obbligo del differimento in caso di esecuzione della pena nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno - Mancata previsione della possibilità per il giudice di negare il differimento quando lo ritenga non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, terzo comma, Cost. e la detenzione non sia idonea a prevenire il pericolo di recidiva - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione del principio della finalità rieducativa della pena - Lesione dei principi a base della tutela della maternità e del minore.**

- Codice penale, art. 146, comma primo, n. 2.
- Costituzione, artt. 3, 27, comma terzo, e 30.

## IL TRIBUNALE

Sentiti il procuratore generale e la difesa, che hanno concluso come da verbale, ha pronunciato la seguente ordinanza nel procedimento sull'istanza presentata da J.G.O. nata in Roma il 12 novembre 1987, alias J.S., nata a Roma il 12 novembre 1986, alias J.M. nata in Serbia l'11 dicembre 1986, alias J.D. nata a Belgrado il 27 gennaio 1984, codice univoco identificativo, detenuta p.a.c. nella Casa circondariale di Roma Rebibbia, tendente ad ottenere il beneficio del differimento dell'esecuzione della pena in relazione alla pena inflitta con sentenza emessa dal G.i.p. presso il Tribunale di Padova in data 22 novembre 2007.

## MOTIVAZIONE

La sedicente J.G.O. veniva arrestata in Padova in data 13 agosto 2007 nella flagranza del reato di tentato furto aggravato in abitazione, e sottoposta a custodia cautelare in carcere con ordinanza emessa in data 16 agosto 2007 ai sensi dell'art. 275, comma 4 c.p.p. dal G.i.p. presso il Tribunale di Padova, che reputava sussistenti le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza nonostante il dedotto stato di gravidanza.

Con successiva sentenza emessa ex art. 444 c.p.p. dal G.i.p. presso il Tribunale di Padova in data 22 novembre 2007 veniva applicata la pena di anni due di reclusione.

Non appena passata in giudicato la condanna, il difensore di fiducia presentava istanza di differimento provvisorio davanti al Magistrato di sorveglianza di Venezia (essendo a quella data la J. ancora ristretta presso la Casa reclusione donne di Venezia), adducendo a sostegno lo stato di gravidanza dell'interessata.

Acquisita conferma dal sanitario dell'istituto del dedotto stato di gravidanza (la detenuta risultava alla ventisettesima settimana di gestazione), il Magistrato di sorveglianza di Venezia disponeva con decreto interinale in data 27 dicembre 2007 il differimento provvisorio della pena ex art. 684, comma 2 c.p.p., eseguito in pari data.

Al momento della scarcerazione, la condannata eleggeva domicilio presso il difensore di fiducia, dove le veniva ritualmente notificato in data 28 gennaio 2008 l'avviso di fissazione della prima udienza. Alla prima udienza celebrata in data 8 aprile 2008 veniva disposto un rinvio del procedimento al fine di acquisire gli atti del procedimento pendente presso la Procura della Repubblica di Roma a carico della J., nel frattempo nuovamente arrestata in data 15 marzo 2008 nella flagranza del reato di tentato furto con destrezza e sottoposta a custodia cautelare in carcere con ordinanza del Tribunale di Roma datata 17 marzo 2008; anche tale ordinanza veniva emessa per esigenze cautelari di eccezionale rilevanza ex art. 275, comma 4 c.p.p., nonostante l'ormai avanzato stato di gravidanza dell'indagata.

Venivano, quindi, acquisiti all'odierna udienza l'anzidetta ordinanza di custodia cautelare, nonché la sentenza del Tribunale di Roma emessa ex art. 444 c.p.p. in data 25 marzo 2008, oltre alla relazione del sanitario della Casa circondariale di Roma Rebibbia, attestante l'avvenuto parto in data 11 aprile 2008.

All'odierna udienza il Procuratore generale ha concluso in senso contrario alla concessione del beneficio, mentre il difensore, nominato *ex art. 97*, comma 4, c.p.p. (non essendo comparso il difensore di fiducia nonostante la regolarità delle notifiche e degli avvisi), ha richiesto la concessione del differimento della pena.

Nell'odierno procedimento deve essere valutata l'istanza di differimento dell'esecuzione *ex art. 146 c.p.* in ordine alla pena inflitta con sentenza del G.i.p. presso il Tribunale di Padova in data 22 novembre 2007, il cui residuo alla data odierna è di anni uno, mesi sette e giorni quindici di reclusione.

Per tale titolo la condannata è in stato di libertà a seguito del decreto interinale del Magistrato di sorveglianza di Venezia datato 27 dicembre 2007, che deve essere sottoposto a ratifica di questo tribunale di Sorveglianza, competente per la decisione definitiva.

La pena di mesi quattro di reclusione applicata *ex art. 444 c.p.p.* con sentenza del Tribunale di Roma in data 25 marzo 2008, non rientra, invece, nell'oggetto del procedimento, posto che, pur in assenza di impugnazione, non risulta dagli atti la formale attestazione del passaggio in giudicato della sentenza (v. cartella giuridica, fatto n. 1).

La presenza di un altro titolo non definitivo non rende inammissibile l'odierna istanza, non essendo preclusa la concessione del differimento della pena in ordine a un titolo definitivo, pur in presenza di una misura cautelare. Non è preclusa neppure la concessione di una misura alternativa alla detenzione, dovendosi poi solo verificare, in concreto, avuto riguardo alla natura delle limitazioni connaturali alla misura alternativa e alla misura cautelare, l'effettiva compatibilità fra l'una e l'altra, nel rispetto, dalla legge ritenuto preminente, della misura cautelare (*cf. ex plurimis*, Cass., sez. I, sent. n. 877 del 14 aprile 1993), e salvo il principio secondo cui uno stesso periodo di privazione di libertà personale non può essere autonomamente imputato a due diverse pene (Cass., sez. I, sent. n. 1846 del 18 luglio 1990).

Dagli atti acquisiti risulta confermata la sussistenza dei presupposti del differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena, allo stato attuale ai sensi dell'art. 146, comma 1, n. 2), c.p., risultando la condannata avere nel frattempo partorito in data 11 aprile 2008.

Dalla relazione del sanitario della Casa circondariale di Roma Rebibbia risulta che il bambino è ospite del nido dell'istituto, ed è in ottima salute; allattato dalla madre, ha avuto un importante aumento ponderale (Kg 1,200 in un solo mese) e fruisce della costante assistenza pediatrica assicurata in istituto (v. relazione datata 12 maggio 2008).

L'esame degli atti impone alcune considerazioni.

La J. (le cui esatte generalità non sono note) nelle note informative delle forze dell'ordine è descritta come una nomade di spiccata pericolosità sociale, che ha fatto del crimine l'unica forma di sostentamento, è priva di fissa dimora, e presenta attitudine non comune alla «mobilità» (v. nota Questura di Padova datata 10 marzo 2008).

Dai certificati acquisiti e dal nutrito elenco di precedenti dattiloscopici si evince, inoltre, che ha commesso delitti in tutto il territorio nazionale, nell'ambito del quale si sposta frequentemente da un capo all'altro della penisola (v. segnalazioni in provincia di Palermo, Bari, Caserta, Verona, Padova, Salerno, Rimini, Bologna, Pordenone, Vicenza, Bolzano, Reggio Emilia, Ravenna).

Solo per ripercorrere le vicende più salienti degli ultimi anni (le segnalazioni degli anni precedenti attengono a periodi di minore età), va rilevato che carico della detenuta risulta, tra le altre, anche una condanna ad anni sei di reclusione (a nome di M.D.) inflitta con sentenza del Tribunale di Bolzano in data 12 marzo 2007 per rapina impropria in concorso commessa in data 21 gennaio 2006 (v. sul punto ordinanza di custodia cautelare del Tribunale di Roma datata 17 marzo 2008).

Dalla motivazione della predetta sentenza del Tribunale di Bolzano risulta che l'odierna istante ed altre due nomadi rimaste non identificate, dopo aver forzato la porta di una privata abitazione ed essersi impossessate di refurtiva di ingente valore (orologi, pregiati monili, tra i quali un bracciale del cinquecento, capi di abbigliamento, del valore complessivo di circa 80.000 euro), adoperavano violenza nei confronti dei malcapitati proprietari che stavano rientrando a casa, non esitando a farsi scudo con il corpo di un bambino di sei anni; la refurtiva non veniva recuperata, poiché le due complici erano riuscite a fuggire, mentre l'odierna istante, dopo essere stata bloccata fino all'arrivo della polizia, veniva rilasciata in serata perché gravida, «e lasciata libera di raggiungere certamente quelle che erano state le sue complici» (v. sentenza pag. 4). Trattasi di circostanza ad avviso del Tribunale di Bolzano, che «fa riflettere» e che ha suscitato le doglianze delle persone offese. Dopo aver ricordato che l'imputata aveva commesso un furto a Verona nel dicembre 2005 (un mese prima dell'episodio *de quo*) per il quale aveva patteggiato la pena di anni uno e mesi sei di reclusione, e ancora due furti in abitazione il 4 gennaio 2006 e 16 gennaio 2006 in Bologna e in Padova, infine, il Tribunale altoatesino evidenzia trattarsi di «una vera professionista che grazie al fatto di essere stata all'epoca dei menzionati episodi delittuosi incinta aveva evitato la custodia cautelare in carcere».

Anche in occasione del tentato furto giudicato con la sentenza emessa dal G.i.p. presso il Tribunale di Padova in data 22 novembre 2007 la J. era nuovamente incinta. Nell'occasione, dopo aver forzato la porta di ingresso, si introduceva insieme ad altre due nomadi in un appartamento di Padova, dove tutte e tre iniziavano a fare incetta di argenteria di ingente valore introducendola in alcuni sacchi, non riuscendo nell'intento per l'intervento delle forze dell'ordine.

Dall'ordinanza di custodia cautelare del G.i.p. presso il Tribunale di Padova datata 16 agosto 2007 si evince che dopo l'arresto la J. produceva copia dei certificati di nascita di due figli nati nel 2005 e nel 2006, deducendo, inoltre, di essere nuovamente incinta; anche le altre due nomadi allegavano condizioni personali previste nell'art. 275, comma 4 c.p.p. (una era in avanzato stato di gravidanza, l'altra aveva da poco partorito). Il giudice padovano, tuttavia, rilevava che «le condizioni personali che imporrebbero particolare attenzione rivolta alla cura della prole non avevano impedito alle indagate di dedicarsi a più lucrose attività illecite evidentemente monitorando e scegliendo l'obiettivo e ponendo in essere un fatto di particolare gravità, salvo poi invocare le esigenze da loro stesse non tenute presenti al fine di invocare un mite trattamento cautelare»; per la J., che aveva collezionato in tre anni sei condanne definitive e sei pagine di identificazione sotto falsi nomi, oltre che per un'altra delle indagate, il G.i.p. presso il Tribunale di Padova riteneva sussistenti le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, reputando di poter affermare «con assoluta certezza» che se rimesse in libertà le donne sarebbero tornate a delinquere, «e precisamente a commettere furti attraverso i quali procurano da vivere alle loro numerosissime famiglie»; rilevava, altresì, il G.i.p., che il furto «è la loro professione abituale, alla quale si dedicano — per usare le parole di attenta dottrina — “avendo sempre sotto mano almeno un figlio infante” per ottenere un trattamento cautelare mite e tale da consentire loro di riprendere a dedicarsi alla loro professione» (v. ordinanza cit. in atti).

Diventata definitiva la condanna ed ottenuta la scarcerazione per effetto del provvedimento interinale emesso dal Magistrato di sorveglianza di Venezia, come correttamente pronosticato dal G.i.p. presso il Tribunale di Padova la J. ritornava a delinquere, senza tenere in alcuna considerazione le esigenze di tutela del nascituro in funzione delle quali le era stato concesso il beneficio provvisorio.

In data 17 febbraio 2008 veniva segnalata all'A.G. per guida senza patente e ricettazione, dopo essere stata sottoposta a controllo in Bologna alla guida di un'automobile che presentava una forzatura al blocchetto di accensione, pur non essendo in possesso di idoneo titolo di abilitazione alla guida, nè, verosimilmente delle abilità necessarie per guidare un autoveicolo, e il tutto nonostante l'avanzato stato di gravidanza. Non appena fermata dalla Polizia Municipale, lamentava dolori addominali a suo dire correlati allo stato di gravidanza per ottenere un benevolo trattamento cautelare, e veniva denunciata a piede libero (v. atti trasmessi dalla Polizia Municipale di Bologna).

Ancora, in data 16 marzo 2008 veniva arrestata in piazza Fontana di Trevi di Roma a seguito del tentato furto in danno di una turista; anche in tale occasione dimostrava di non tenere in alcuna considerazione il suo stato di gestazione, mettendosi irresponsabilmente a correre per evitare l'arresto, poi avvenuto ugualmente.

Come innanzi esposto, anche il Giudice romano ha ritenuto sussistenti a carico della le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, desunte dalla personalità della prevenuta ricostruibile dai precedenti penali gravi, numerosi e specifici, dai numerosissimi e anche recenti precedenti giudiziari, anche sotto falso nome, nonché dalle precarie condizioni di vita, stante l'assenza di fissa dimora e di lecita attività lavorativa (v. ordinanza cit. in atti).

Questo Collegio non può che condividere il giudizio di spiccatissima pericolosità sociale già formulato nei confronti dell'odierna istante da altre autorità giudiziarie, il cui grado attuale esigerebbe, al fine di un suo adeguato contenimento, l'applicazione di una misura detentiva; parimenti, reputa certo, più che verosimile, l'abuso del richiesto differimento, ove concesso, al fine di commettere altri delitti contro il patrimonio, senza alcun riguardo per le esigenze alla cui tutela il beneficio è preordinato, posto che già in passato la nascita dei primi due figli avvenuta nel 2005 e nel 2006 non ha dissuaso la donna dal commettere delitti, così come nessuna efficacia dissuasiva ha avuto la recente gravidanza.

Questo tribunale di sorveglianza, tuttavia, non può negare *sic et simpliciter* il differimento della pena (con conseguente esecuzione penale in carcere), potendo al più concedere, quale misura sostitutiva del richiesto differimento, la detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, comma 1-*ter* o.p., anche in assenza di una richiesta in tal senso dell'interessata.

Va, al riguardo, ricordato che nella vigenza della normativa preesistente alla legge n. 165/1998 parte della dottrina facendo riferimento al dato testuale, che qualifica come obbligatorio il rinvio, lo riteneva prevalente rispetto alla detenzione domiciliare. Di diverso avviso coloro che si soffermavano sugli indubbi vantaggi che la detenzione domiciliare comporta per il condannato, tra i quali il fatto che il tempo trascorso in esecuzione della misura si consideri pena espiata. Oggi, a seguito della novella di cui alla legge n. 165/1998, la giurisprudenza è orientata ad affermare che il legislatore ha modificato profondamente l'istituto della detenzione domiciliare, facendolo divenire, con l'introduzione del comma 1-*ter* (oltre che 1-*bis*), una delle misure alternative più duttili e più idonee a soddisfare le contrapposte esigenze del rispetto dei diritti della persona e di sicurezza della società (v. sentenza Cass., sez. I, n. 20480 del 2001). Tale misura «configura la polifunzionalità del regime detentivo, mirato, per un verso, all'esigenza di effettività dell'espiazione della pena e del necessario controllo cui vanno sottoposti i soggetti pericolosi e, per altro verso, ad una sua esecuzione mediante forme compatibili con il senso di umanità» (v. sentenza Cass., sez. I, n. 6952 del 2000).

Riguardo ai criteri di scelta tra i due benefici, la giurisprudenza della Corte di legittimità ha precisato che il tribunale di sorveglianza deve fare una duplice verifica, dovendo prima verificare la sussistenza delle condizioni richieste dalla legge per disporre il differimento e poi disporre, eventualmente, la detenzione domiciliare in alternativa alla sospensione dell'esecuzione della pena quando ricorrano esigenze di tutela collettiva (sempre da tenere presenti in tema di esecuzione della pena) che rendano più adeguata l'esecuzione della pena in forma alternativa piuttosto che la sospensione dell'esecuzione (Cass., sez. I, sentenza n. 656 del 2000); più di recente, la Corte di legittimità ha anche rilevato che la detenzione domiciliare, al pari delle altre misure alternative alla detenzione, ha come finalità il reinserimento sociale del condannato, mentre il differimento della pena previsto dall'art. 146 e. e 147 c.p., anteriore all'ordinamento penitenziario vigente, ha finalità diverse dall'individuazione del trattamento più opportuno nei confronti del condannato, mirando solo ad evitare che l'esecuzione della pena avvenga in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità.

Alla luce di tali principi, a fronte di una richiesta il giudice deve valutare se le condizioni del condannato siano compatibili con le finalità rieducative della pena e con le possibilità concrete di reinserimento sociale conseguenti alla rieducazione. Qualora, all'esito di tale valutazione, l'espiazione della pena appaia contraria al senso di umanità per le eccessive sofferenze da essa derivanti ovvero appaia priva di significato rieducativo in conseguenza dell'impossibilità di proiettare in futuro gli effetti della sanzione sul condannato, deve trovare applicazione l'istituto del differimento (sentenza Cass., sez. I, n. 45758 del 14 novembre 2007, dep. il 6 dicembre 2007).

Facendo applicazione di tali principi, non può non rilevarsi che le condizioni di vita individuali e sociali della condannata, i plurimi precedenti giudiziari e di polizia, e le conseguenti esigenze di sicurezza sociale, desumibili dall'abuso del beneficio concesso in via interinale dal magistrato di sorveglianza per perseverare nel crimine, unitamente all'entità della pena inflitta, indurrebbero a ritenere più adeguata al contenimento della pericolosità sociale l'esecuzione della pena, quantomeno in forma alternativa.

Nel caso di specie, però, difetta il requisito minimo necessario, ovvero un luogo idoneo all'esecuzione della misura. Trattasi, infatti, di condannata senza fissa dimora, che si sposta frequentemente da un capo all'altro della penisola e che non risulta aver soggiornato per un tempo apprezzabile in un determinato luogo; neppure tramite il difensore di fiducia, peraltro, l'interessata ha indicato un qualsivoglia riferimento idoneo all'applicazione della detenzione domiciliare.

Deve anche rilevarsi, e per tale ragione questo tribunale di sorveglianza non ritiene di dover disporre un rinvio al fine di invitare l'interessata ad indicare un eventuale domicilio, che non appare in alcun modo formulabile una favorevole prognosi di corretta gestione della misura, che è misura a contenuto prescrittivo, e postula, per realizzare la funzione che le è propria, la volontà adesiva di chi vi è sottoposto (in tal senso riguardo agli arresti domiciliari v. Corte cost., sentenza n. 439/1995).

Il grado di inaffidabilità più volte dimostrato dalla condannata (che anche da minorenni si è allontanata dopo soli pochi giorni di permanenza dalla Comunità per minori «Amicizia» di Padova, alla quale era stata affidata dopo essere stata arrestata in flagranza del reato di furto il 27 luglio 2004), unitamente all'assoluta indifferenza alle norme penali e del vivere sociale evidenziata, non consentono in alcun modo di ritenere che la J. si atterrebbe alle prescrizioni minime tipiche della detenzione domiciliare.

Pur in assenza di situazioni personali che precludano l'efficacia rieducativa della pena o che rendano contraria al senso di umanità l'esecuzione penale in forma alternativa, questo tribunale di sorveglianza non può, pertanto, che applicare il richiesto beneficio del differimento.

Una diversa interpretazione non appare ragionevolmente sostenibile, senza inammissibili forzature del dato normativo; il tenore testuale dell'art. 146, comma 1 n. 2), c.p., nella parte in cui dispone «l'esecuzione è differita» anziché «può essere differita», non lascia dubbi interpretativi.

Ritiene, tuttavia, questo Collegio che la disposizione, così formulata e intesa, attribuisca al sistema una connotazione criticabile sotto il profilo della razionalità e costituzionalità, e che, pertanto, debba essere sollevata d'ufficio questione di legittimità costituzionale della norma, per contrasto con gli artt. 3, 27, e 30 Cost., ravvisandosene la rilevanza e la non manifesta infondatezza. Lo scrutinio di costituzionalità non può che essere richiesto per la disposizione di cui al n. 2 del comma 1 dell'art. 146 c.p., applicabile nel caso di specie, ma i dubbi di legittimità costituzionale riguardano anche l'ipotesi prevista dal comma 1 n. 1) della stessa norma.

La questione è rilevante ai fini della pronuncia sull'odierna istanza, essendo ineliminabile l'applicazione della norma nell'iter logico-giuridico che questo tribunale deve percorrere per la decisione conclusiva dell'odierno procedimento, in quanto il provvedimento interinale del magistrato di sorveglianza è destinato a produrre effetti fino alla decisione di questo organo collegiale, al quale compete la decisione in via definitiva in ordine al differimento della pena, istituto del quale risultano sussistenti i presupposti (in tal senso, per la rilevanza di analoga questione nonostante l'intervenuta scarcerazione provvisoria da parte del magistrato di sorveglianza, v. Corte cost. sentenza n. 70 del 1994).

In punto di non manifesta infondatezza, va premesso che è indiscutibile la scelta del legislatore di tutelare anche nella fase dell'esecuzione penale le particolari esigenze delle donne in gravidanza o madri di figli in tenera età; sicuramente e fortemente condiviso da questo Collegio è il principio secondo il quale tendenzialmente in un paese democratico la detenzione delle donne in gravidanza e delle madri che accudiscono figli in tenera età dovrebbe essere prevista solo «in ultima istanza» (come raccomandato agli Stati membri di recente nella risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto della carcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare, al punto 14). Non sfugge, inoltre, al Collegio che «l'alternativa tra l'immediata esecuzione della pena o la sua temporanea inesigibilità a causa di situazioni soggettive che il legislatore ritiene di qualificare come incompatibili con la carcerazione, non comporta soluzioni univoche sul piano costituzionale, dovendosi necessariamente ammettere spazi di valutazione normativa che ben possono contemperare l'obbligatorietà della pena con le specifiche situazioni di chi vi deve essere sottoposto»; conferma l'assenza di soluzioni «a rime obbligate» la circostanza che nel progetto di riforma al codice penale predisposto dalla Commissione nominata con d.m. 23 novembre 2001 il differimento dell'esecuzione della pena per gravidanza e puerperio non sia previsto, mentre è prevista la concessione (facoltativa) della conversione della pena detentiva con altra misura in caso di condannata incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci (v. art. 81 n. 6 del progetto); il disegno di legge delega predisposto dall'ultima Commissione di riforma del codice penale istituita con d.m. 31 luglio 2006, invece, nel prevedere nuovamente l'istituto del differimento, non lo qualifica come obbligatorio.

Il legislatore ordinario, però, nell'esercizio del suo potere discrezionale di dettare norme che incidono su interessi costituzionalmente rilevanti tra loro in rapporto di concorrenza o di confliggenza, incontra limiti di ordine costituzionale.

Con riferimento alla normativa penitenziaria, la Corte costituzionale ha precisato che «eguaglianza di fronte alla pena significa proporzione della medesima alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono (sentenze n. 349 del 1993 e n. 299 del 1992), e che per l'attuazione di tali principi, ed in funzione della risocializzazione del reo, è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena (sentenze n. 445 del 1997 e 306 del 1993) e, conseguentemente, un potere discrezionale alla magistratura di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari» (sentenza n. 504 del 1995 e n. 255 del 2006).

Con sentenza n. 306 del 1993, ancora, la Corte ha affermato il principio secondo cui, nell'ambito delle finalità che la Costituzione assegna alla pena (quella di prevenzione generale e di difesa sociale, con i connessi caratteri di retributività e afflittività, e quella di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo), il legislatore ordinario può — nei limiti della ragionevolezza — far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità, ma a patto che nessuna di esse risulti obliterata.

Conformemente a tali principi, ai quali è improntato tutto il settore dell'esecuzione penale, la concessione di ogni beneficio penitenziario deve essere preceduta, oltre che dall'accertamento della sussistenza dei requisiti di legittimità di volta in volta prescritti dalla legge, anche da una valutazione del Giudice sul raggiungimento da parte del condannato di uno stadio del percorso rieducativo adeguato al beneficio richiesto, e sulla conseguente idoneità rieducativa di quest'ultimo, nonché sull'idoneità a prevenire il pericolo di recidiva. Nelle proprie decisioni, il giudice di sorveglianza deve aver riguardo ai risultati del trattamento individualizzato, o, in caso di assenza di trattamento, al comportamento tenuto in libertà, e verificare la sussistenza delle condizioni per un adeguato reinserimento sociale, al fine di garantire la proporzionalità e l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, oltre che l'ineludibile finalità rieducativa della pena.

Come innanzi accennato, il differimento secondo la giurisprudenza non ha finalità rieducativa, ma tende solo ad evitare che in presenza di determinate situazioni l'esecuzione della pena avvenga in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità; la potestà punitiva dello Stato nella fase dell'esecuzione della pena incontra, per vero, un limite invalicabile in quelle situazioni in cui per le condizioni personali del reo l'esecuzione dalla pena contrasterebbe con il senso di umanità o non potrebbe avere alcuna efficacia rieducativa (cfr. Cass. sentenza 1138 del 26 aprile 1994). In assenza di tali estreme condizioni, tuttavia, non appare giustificata la compromissione delle finalità della pena previste dalla Costituzione, in quanto, pur essendo istituito anteriore all'entrata in vigore della Carta costituzionale, l'istituto del rinvio dell'esecuzione deve essere interpretato alla luce di tali principi. Pur non rientrando, inoltre, tra i benefici premiali in senso stretto, trattasi pur sempre di un beneficio che ha una concreta incidenza nella vicenda esecutiva, e che pertanto deve soggiacere, salvi i limiti anzidetti, ai principi in materia di esecuzione penale, in particolare al principio del finalismo rieducativo della pena.

Nel caso di specie, il beneficio del differimento provvisorio si è già rivelato non adeguato, sia sotto il profilo rieducativo che della prevenzione speciale, ma nonostante l'abuso del beneficio concesso e la ricaduta nel crimine questo Tribunale di Sorveglianza non può rigettare l'istanza, salvo optare, come già esposto, per una misura che con ogni probabilità non troverebbe regolare esecuzione.

Risulta, così, violato il principio della proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio, ma anche il principio della progressività trattamentale, in base al quale «nel caso di abuso dei benefici già concessi o di altre irregolarità comportamentali deve conseguire una regressione nel percorso trattamentale» (così come, all'inverso, il maturarsi di positive esperienze non potrà non generare un ulteriore passaggio nella scala degli istituti di risocializzazione; v. sul punto Corte cost. sent. n. 445/1997 con riferimento ai permessi premio). Neppure può essere tenuta in alcuna considerazione da questo tribunale di sorveglianza l'impossibilità di formulare una prognosi di futura astensione da comportamenti di tipo deviante, tenuto conto della reiterazione di condotte crimine e della dimostrata adesione a modelli di vita incentrati su attività illecite, in quanto la norma non consente, sulla base di tale giudizio prognostico, il rigetto del beneficio; solo in relazione alle situazioni legittimanti un rinvio facoltativo dell'esecuzione il comma 4, dell'art. 147 c.p. (aggiunto dalla legge n. 40/2001) dispone che il provvedimento «non può essere adottato o se è adottato è revocato se sussiste il concreto pericolo della commissione di delitti». Anche tale disposizione conferma la diversa scelta del legislatore in ordine al differimento obbligatorio, riguardo al quale non è consentito analogo apprezzamento del giudice.

Generalmente si afferma, riguardo all'istituto del differimento, che le finalità della pena possono essere procrastinate e rimodulate a seguito di una esecuzione differita; nel caso di specie, però, sulla base degli indici prognostici evidenziati può ragionevolmente affermarsi che allo scadere del termine del differimento (ovvero tra circa un anno, nel corso del quale verosimilmente la J. continuerà a perseverare nel crimine) l'esecuzione non potrà agevolmente essere ripristinata, tenuto conto dell'abilità dimostrata dalla condannata nel rendersi irreperibile e nel fare uso di numerose false generalità; tenuto conto della giovane età, e delle abitudini di vita dei nomadi, alla data dell'inizio di una nuova esecuzione la J. potrebbe essere nuovamente incinta e così via per chissà quanto tempo ancora. Conferma tale assunto la circostanza che la condannata risulta avere ottenuto il differimento dell'esecuzione in data 10 ottobre 2005 in ordine alla pena di armi due di reclusione inflittale con sentenza del Tribunale di Pordenone in data 28 ottobre 2004 per furto in abitazione, e alla data odierna risulta ancora ineseguito il relativo ordine di carcerazione della Procura della Repubblica di Pordenone (v. sul punto atti trasmessi dalla Polizia Municipale di Bologna).

Come emerge dall'esame dei dati statistici, la strumentalizzazione dell'istituto del differimento (che da *extrema ratio* in alcuni casi diventa la regola) ha di fatto creato una sorta di immunità per le donne nomadi in età fertile che possono dedicarsi indisturbate alle loro attività illecite potendo confidare sul trattamento previsto dall'art. 146 c.p. per le donne in stato di gravidanza o madri di figli in tenera età; considerato che generalmente si tratta di donne che iniziano a procreare precocemente, appena adolescenti, e che per le abitudini di vita non conoscono il fenomeno delle nascite ridotte, è di tutta evidenza l'imponenza del fenomeno e le esigenze di tutela della collettività che ne conseguono. Più che un temporaneo differimento (che potrebbe non compromettere le finalità della pena) si finisce per avere un differimento a tempo indeterminato, per giunta lasciato alla libera scelta delle interessate, le quali non indicando un domicilio o sottraendosi all'esecuzione delle misure alternative concesse possono lucrare, quale alternativa inevitabile, il differimento della pena.

Può affermarsi, pertanto, che nel caso di specie tutte le finalità che la Costituzione assegna alla pena risultano oblitrate, con conseguente violazione del principio sancito dalla Corte costituzionale con sentenza n. 306 del 1993. Totalmente svilita è la finalità di prevenzione generale e di difesa sociale — finalità la cui realizzazione dipende, come è noto, non soltanto dalla minaccia legale della sanzione penale, ma anche e soprattutto dalla sua concreta esecuzione — giacché la rigida e prevedibile sospensione del momento esecutivo esclude che la pena irrogata possa svolgere alcuna funzione di intimidazione e dissuasione rispetto a possibili futuri comportamenti criminosi, sia nei confronti del concreto destinatario di essa, sia nei confronti degli altri soggetti che si trovano nella medesima situazione. Del tutto vanificato è anche il profilo retributivo-affittivo della pena posto che la rinuncia alla relativa esecuzione (di fatto a tempo indeterminato per le ragioni esposte) lascia sostanzialmente impunito il reato commesso. Come già evidenziato, infine, risultano oblitrate del tutto le finalità di prevenzione speciale e di rieducazione della pena, che appaiono riferibili al caso concreto.

La magistratura di sorveglianza deve, infatti, in presenza dei presupposti previsti dall'art. 146, comma 1, n. 1) e 2), c.p., sospendere l'esecuzione della pena detentiva, in base ad un rigido automatismo, che non può essere temperato da alcuna valutazione di merito volta ad assicurare il perseguimento delle finalità della pena e l'individualizzazione e proporzionalità del trattamento, in relazione alle concrete necessità specialpreventive, rieducative e risocializzatrici del

caso; alle situazioni regolamentate dalla norma può essere, di fatto, riconducibile una varietà e molteplicità di situazioni personologiche e criminologiche, tra loro profondamente differenti, meritevoli di diverso trattamento, che non può, invece, essere assicurato.

È del tutto evidente, pertanto, che la generalizzata ed automatica applicazione del trattamento di favore previsto dalla disposizione censurata, nell'assegnare un identico beneficio a condannati che presentino fra loro differenti stadi del percorso di risocializzazione e diversi gradi di pericolosità sociale, compromette, ad un tempo, non soltanto il principio di uguaglianza, finendo per omologare fra loro, senza alcuna plausibile *ratio*, situazioni diverse, ma anche la stessa funzione rieducativa della pena, posto che il riconoscimento di un beneficio che non risulti correlato alla positiva evoluzione nel trattamento compromette inevitabilmente l'essenza stessa della progressività, che costituisce il tratto saliente dell'iter riabilitativo. L'automatismo che si rinviene nella norma denunciata è poi in contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena come precisati dalla richiamata giurisprudenza.

Ne consegue il contrasto della norma censurata con l'art. 27, terzo comma, Cost., oltre che con l'art. 3 Cost.

La norma stessa appare in contrasto con l'art. 3 cost. anche per lesione del canone della ragionevolezza.

In via generale, il bilanciamento degli interessi coinvolti ed il sacrificio di alcuni di essi, in favore di altri, soggiacciono al limite della ragionevolezza della scelta legislativa, nel senso di una non arbitraria e non ingiustificata composizione dei valori in giuoco.

Nel giudizio sulla razionalità di una disciplina non si deve guardare solo alla posizione formale di chi ne è destinatario ma anche alla funzione e allo scopo cui essa è preordinata (Corte cost. sentenza n. 54 del 1968). Sotto tale profilo, sulla base dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità può affermarsi che la *ratio* delle norme sul differimento obbligatorio è la tutela della salute e dell'umanità della pena; sicuramente finalizzato alla tutela della salute della donna e del nascituro è il rinvio in presenza dello stato di gravidanza, mentre il differimento nel primo anno di vita del bambino può essere ricondotto, oltre che all'esigenza di assicurare il senso di umanità della pena, anche alla tutela dell'interesse del minore ad un corretto sviluppo della personalità, e, in funzione di tale interesse, alla tutela del rapporto che in tale periodo necessariamente si svolge tra madre e figlio, non tanto e non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente biologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale e affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino (v. con riferimento ad altre norme che prevedono benefici nel periodo immediatamente susseguente al parto sentenza n. 376 del 2000 Corte costituzionale).

Se questa è la *ratio* dell'istituto del differimento, che incide su altri interessi pure costituzionalmente rilevanti, deve ritenersi che la norma sia espressiva di un giudizio di valore risultante dalla ponderazione di due interessi in conflitto, entrambi costituzionalmente rilevanti. Caratteristica dei valori (o principi) costituzionali soggetti a bilanciamento, è la non predeterminabilità in assoluto, una volta per tutte, dei loro rapporti reciproci di sovra o sottordinazione. La prevalenza dell'uno sull'altro, quando il bilanciamento non sia rimesso caso per caso al giudice, ma sia operato dalla legge nella forma di una norma astratta, deve essere collegata a determinate condizioni tipiche. In assenza di tali condizioni l'esito della valutazione comparativa non può essere il medesimo. Perciò, una norma di questo tipo, per essere costituzionalmente legittima, non deve escludere, in ordine all'interesse postergato, la possibilità della prova dell'inesistenza, nel caso concreto, delle condizioni che, secondo il bilanciamento sotteso alla norma stessa, giustificano la precedenza attribuita all'interesse antagonista (v. in tal senso sentenza Corte cost. 10 aprile 1992, n. 149).

In applicazione di analogo principio, con riferimento all'istituto del differimento della pena nei confronti dei condannati affetti da AIDS, la Corte costituzionale con sentenza n. 438 del 1995 ha ritenuto non conforme al canone della ragionevolezza l'art. 146, primo comma n. 3), c.p., nella parte in cui non consente di accertare in concreto se ai fini dell'esecuzione della pena le effettive condizioni di salute del condannato siano compatibili con lo stato detentivo, poiché intanto si può ritenere ragionevole l'allontanamento dal carcere in quanto la relativa permanenza negli istituti cagioni un pregiudizio alla salute del soggetto e degli altri detenuti, posto che altrimenti risulterebbero senza giustificazione compromessi altri beni riconosciuti come primari dalla Carta fondamentale.

Nel caso di specie, la restrizione in carcere nel periodo di gestazione non ha cagionato alcun concreto pregiudizio alla J., la quale, come innanzi esposto, è stata arrestata in flagranza in data 13 agosto 2007, ed è rimasta *in vinculis* fino a pochi giorni dopo il passaggio in giudicato della condanna, ovvero fino al 27 dicembre 2007, data della concessione del differimento provvisorio della pena.

Dalla relazione del sanitario del carcere di Venezia datata 21 dicembre 2007 risulta che a quella data la detenuta non presentava alcuna situazione di pregiudizio conseguente alla carcerazione. Nel carcere femminile di Venezia, inoltre, la detenuta godeva dell'assistenza sanitaria assicurata in istituto.

Parimenti, l'attuale situazione detentiva (dopo l'ultimo arresto avvenuto il 16 marzo 2008) non risulta creare al momento alcun pregiudizio al neonato, che è nato nel presidio ospedaliero «Sandro Pertini» (verosimilmente previo

trasferimento esterno in luogo di cura *ex art. 11 o.p.*) in stato di ottima salute, come evidenziato dal cosiddetto «indice di Apgar», indicativo dello stato di salute dei neonati; egli, inoltre, ha avuto un significativo aumento ponderale e fruisce della costante assistenza pediatrica assicurata in istituto.

Per converso, come evidenziato, nel periodo di libertà conseguente al differimento provvisorio concesso dal Magistrato di sorveglianza di Venezia, la J. ha tenuto un atteggiamento irresponsabile e potenzialmente idoneo a compromettere la salute propria e del nascituro, oltre che l'evoluzione della gravidanza, spostandosi (quantomeno) da Venezia a Bologna e poi a Roma, perseverando nel proprio stile di vita antinormativo e inadatto a una gestante, ponendosi anche alla guida di un'autovettura con il blocchetto di accensione manomesso e senza possedere idoneo titolo abilitativo, dandosi alla fuga alla vista delle forze dell'ordine dopo l'ultimo tentato furto.

Come ricordato dalla Corte costituzionale nella menzionata sentenza n. 438 del 1995, «il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva si è sempre saldamente attestato intorno a un presupposto unificante, vale a dire le particolari condizioni di salute del condannato e la ritenuta inconciliabilità delle stesse con l'altrettanto peculiare regime carcerario. Illuminanti, a questo proposito, sono alcuni passaggi della relazione ministeriale sul progetto del codice penale ove, appunto, si giustifica il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena nel caso della donna incinta che abbia partorito da meno di sei mesi, proprio con le difficoltà di assistenza negli stabilimenti carcerari che quelle condizioni personali necessariamente richiedono».

La concreta realtà delle istituzioni carcerarie è, tuttavia, profondamente mutata rispetto all'epoca di entrata in vigore del codice penale, sulla scia dei principi affermati dalla Carta costituzionale in materia di esecuzione penale, e dell'incessante processo di riforma dell'ordinamento penitenziario che ne è seguito. L'assistenza alla detenuta in stato di gestazione non rappresenta più, generalmente, un problema nella realtà degli istituti di pena, tenuto anche conto della possibilità di ricorrere al trasferimento esterno *ex art. 11 o.p.*, e inoltre la carcerazione può comportare rischi per la gestazione di gran lunga inferiori rispetto allo stato di libertà nei casi in cui, come in quello in esame, lo stato di libertà non si accompagna ad uno stile di vita, anche sotto il profilo igienico-sanitario, oltre che delle abitudini quotidiane, adeguato alla particolare situazione. A ciò si aggiunga che nel concedere il beneficio del differimento il tribunale di sorveglianza non può imporre alcuna prescrizione finalizzata alla tutela dell'interesse del nascituro, posto che secondo la consolidata giurisprudenza l'imposizione di obblighi accessori è incompatibile con la concessione del beneficio (Cass., sez. I, 2 dicembre 1992, n. 4591).

Anche sotto il profilo della salute psico-fisica dei minori la situazione degli istituti di pena è difforme da quella tenuta presente nel codice penale; l'amministrazione penitenziaria ha autorizzato nel corso degli anni l'istituzione di asili nido presso alcune strutture penitenziarie destinate esclusivamente alle donne (Pozzuoli, Roma Rebibbia, Trani, Perugia e Venezia) e, su richiesta delle direzioni, presso le sezioni femminili presenti in alcuni istituti di pena destinati agli uomini, in attuazione del disposto di cui all'art. 19 d.P.R. n. 230/2000. La stessa amministrazione ha invitato le direzioni ad assicurare almeno un asilo nido per ogni regione e inoltre la presenza di operatori specializzati, quali puericultrici, in tre istituti penitenziari (Roma, Venezia, Milano). In qualche istituto sono presenti un servizio di ludoteca e qualche servizio di ausilio, quali, ad esempio, l'accompagnamento del minore da parte di volontari all'asilo nido comunale presso l'istituto penitenziario di Venezia Giudecca e Roma Rebibbia, la colonia estiva in località Lido — Alberoni per i piccoli ospiti del nido di Venezia Giudecca (v. sul punto i dati riportati nella risoluzione approvata dal C.S.M. nella seduta del 27 luglio 2006 sulla tutela della maternità e dei figli minori dei detenuti). In alcuni casi, pertanto, non può a priori escludersi che in alcuni nidi degli istituti di pena siano assicurati al minore un'assistenza più adeguata da punto di vista sanitario, e inoltre forme di assistenza finalizzate ad un corretto sviluppo della personalità (quali la frequenza del nido comunale, l'assistenza della puericultrice, la colonia estiva, le attività ricreative organizzate dalle associazioni di volontariato) non assicurate in alcuni gruppi familiari inseriti in culture di microcriminalità prive di riferimenti abitativi stabili.

Nel caso di specie, la J. non ha fatto buon uso dei benefici ottenuti dedicandosi alla cura dei figli in tenera età, ma più volte (anche in occasione delle precedenti gravidanze) è stata denunciata e arrestata in flagranza mentre era dedita al furto, lontana dagli accampamenti dove i figli erano verosimilmente affidati a parenti o altri componenti del gruppo. Come emerge dagli studi sociologici in materia, spesso le donne nomadi sono indotte o addirittura costrette al delitto dai loro uomini, e per dedicarsi a tale attività lasciano i minori nell'accampamento affidandoli a parenti o a terzi, salvo portarli con sé in alcune delle imprese criminose.

La verifica in ordine alla sussistenza di un effettivo pregiudizio allo sviluppo psico-fisico del minore conseguente alla carcerazione della madre, nonché in ordine alla possibilità di affidare il bambino a terzi, nel caso di specie non è consentita a questo tribunale di sorveglianza, nonostante le pregnanti esigenze di tutela della collettività sicuramente sussistenti.

È proprio la rigida presunzione stabilita dal legislatore ad apparire priva di adeguato fondamento e tale da rendere dubbia la razionalità di una norma dalla cui concreta applicazione possono generarsi ingiustificate compromissioni di altri interessi tutelati dall'ordinamento. Le ipotesi del differimento obbligatorio per la donna incinta o madre di figlio di età inferiore ad anni uno sono le sole, tra quelle previste dall'art. 146 c.p., a non ammettere alcuna verifica in concreto sulla sussistenza di una effettiva situazione di pregiudizio agli interessi che la norma tende a tutelare o di contrarietà dell'esecuzione penale al senso di umanità (verifica prevista, invece, nelle ipotesi dei condannati affetti da AIDS o altra malattia particolarmente grave), e inoltre che hanno una difforme regolamentazione in sede cautelare e in sede esecutiva. La possibilità di verificare la sussistenza di una effettiva situazione di pregiudizio o di contrarietà dell'esecuzione penale al senso di umanità (verifica che andrebbe effettuata caso per caso in relazione alle strutture disponibili, alla personalità del minore e della madre e alle condizioni di vita della famiglia) consentirebbe, invece, un'adeguata composizione degli interessi configgenti e la salvaguardia della *ratio* dell'istituto del differimento, le cui finalità, invece, vengono in casi come quello in esame completamente snaturate.

La disposizione impugnata deve ritenersi non conforme al canone della ragionevolezza nella parte in cui non consente, quando vi siano significative esigenze di sicurezza sociale e la detenzione domiciliare non sia adeguata a prevenire il pericolo di recidiva, di accertare in concreto se ai fini dell'esecuzione della pena la carcerazione della madre comporti un effettivo pregiudizio, tale da rendere contraria al senso di umanità l'esecuzione penale, e se la scarcerazione «secca» sia effettivamente idonea ad assicurare la tutela degli interessi ai quali il beneficio è preordinato. Da qui il contrasto della norma denunciata con l'art. 3 Cost., ravvisabile non solo sotto il profilo della violazione del canone della ragionevolezza, per le ragioni evidenziate, ma anche sotto il profilo della razionale uniformità del trattamento normativo, in quanto in presenza delle medesime condizioni (stato di gravidanza e presenza di un figlio di età inferiore ad un anno) è consentito solo nella fase cautelare disporre la carcerazione, sia pure ove sussistano esigenze di eccezionale rilevanza. Non è senza rilievo il fatto che l'art. 275 c.p.p. sia stato rimaneggiato con la legge 26 marzo 2001, n. 128, una legge dunque posteriore alla legge 8 marzo 2001, n. 40 che ha modificato l'art. 146 c.p. estendendo il differimento obbligatorio fino ad un anno di vita del bambino. Sino a prova del contrario, pertanto, l'interprete è portato a ritenere che il legislatore abbia consapevolmente tenuto distinta la disciplina del rinvio dell'esecuzione della pena rispetto a quella della custodia cautelare.

È pacifico che le misure cautelari si distinguano dalla pena per natura e finalità, si da non apparire irragionevole, in astratto, una difforme disciplina (v. in tal senso Corte cost. sentenza n. 25/1979); come affermato dalla giurisprudenza di legittimità (v. sentenza Cass. n. 43014 del 2001) scopo della misura cautelare è quello di assicurare una o più delle esigenze di cui alle lettere *a*), *b*) e *c*) del primo comma dell'art. 274 c.p. Si tratta, dunque, di una finalità da un lato contingente in quanto legata all'evolversi di una fase procedimentale, dall'altro strumentale, in quanto posta a garanzia delle indagini e del processo, oltre che della collettività quando sussista il pericolo della commissione di altri reati. In tale ottica, il legislatore si è posto il problema di un bilanciamento tra le esigenze di cautela e le esigenze di tutela della salute o di altre situazioni personali dell'indagato, contemperando tali esigenze con la previsione dei limiti alla custodia cautelare in carcere nelle ipotesi previste dall'art. 275, comma 4, c.p.p.

Nel caso di specie, però (come in altri casi analoghi), le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza ritenute sussistenti sia dal G.i.p. presso il Tribunale di Padova sia dal Tribunale di Roma a carico della J. nelle menzionate ordinanze custodiali sono rappresentate dalle esigenze di tutela della collettività, previste dall'art. 274, comma 1, lett. *c*); non si tratta, quindi, di esigenze poste a garanzia delle indagini e del processo, tipiche solo delle misure cautelari e non della pena (che potrebbero giustificare una difforme disciplina), ma delle esigenze di tutela della collettività alla cui salvaguardia è finalizzata anche la pena, la cui composita funzione comprende anche le esigenze di prevenzione e di tutela della collettività. In presenza delle medesime esigenze di sicurezza sociale e delle medesime situazioni personali, l'ordinamento consente solo al Giudice della cautela la salvaguardia delle prime, ove siano di eccezionale rilevanza, mentre dopo il passaggio in giudicato le stesse esigenze sono postergate e nessuna verifica è consentita al Giudice di sorveglianza in merito all'eccezionalità delle stesse esigenze e all'esistenza effettiva di pregiudizio per la madre e il minore. Come emerge dall'esposizione dei fatti, la J. è rimasta in carcere sottoposta a custodia cautelare fino al passaggio in giudicato della condanna, e fino a tale momento l'ordinamento ha consentito al Giudice della cautela la salvaguardia delle esigenze di sicurezza sociale, mentre dopo l'irrevocabilità della sentenza tali esigenze non possono avere alcuna rilevanza, se non ai fini della concessione della detenzione domiciliare, nel caso di specie non concedibile per la certa inaffidabilità della condannata; in caso di concessione della misura, ne conseguirebbe verosimilmente una inarrestabile sequenza di sottrazioni alla detenzione domiciliare e di ripristino della stessa, che da un lato svilirebbe l'essenza stessa della misura e dall'altra lascerebbe di fatto integralmente sgumite le esigenze che la misura è invece destinata a salvaguardare (in tal senso, con riferimento agli arresti domiciliari per i malati di AIDS, v. Corte cost. n. 439 del 1995). Appare irragionevole che in presenza delle medesime condizioni e delle medesime esigenze da salvaguardare

il difforme trattamento previsto dalla legge sia determinato da un dato solo formale quale il passaggio in giudicato della sentenza (che determinata la trasformazione giuridica della condanna in titolo esecutivo), indipendente dal comportamento del reo. Con riferimento ad altra ipotesi di differimento obbligatorio (per i condannati affetti da AIDS) la Corte costituzionale ha, invece, reso omogenea la disciplina in sede cautelare ed esecutiva con le sentenze n. 438 e 439 del 1995.

Ancora, sotto il profilo della razionale uniformità del trattamento normativo, va rilevato che in altri settori l'ordinamento nel prevedere particolari forme di tutela della maternità e del minore nella fase immediatamente successiva al parto non oblitera la salvaguardia delle esigenze di sicurezza sociale: basti pensare al divieto di espulsione della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi al parto previsto dall'art. 19, d.lgs.vo n. 286/1998 (divieto esteso all'espulsione del marito convivente della donna a seguito della sentenza della Corte cost. n. 376 del 27 luglio 2000), che trova un limite nelle esigenze di tutela e sicurezza dello Stato.

Deve, infine, rilevarsi che la particolare normativa di favore per le donne in stato di gravidanza e puerperio può indurre, come nella pratica avviene, ad una strumentalizzazione a fini illeciti della maternità e del rapporto di filiazione con conseguente scelta della procreazione al solo fine di ottenere l'impunità di fatto dai delitti commessi; ne consegue lo snaturamento della funzione dell'istituto, con lesione dell'art. 30 Cost.

Per le esposte ragioni, ritiene questo tribunale di sorveglianza che si imponga la sospensione del procedimento e la rimessione degli atti alla Corte costituzionale, risultando rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 146, comma 1, n. 2), c.p., nella parte in cui in cui non consente al tribunale di sorveglianza di accertare in concreto se la tutela delle esigenze del minore sia incompatibile con l'esecuzione della pena in carcere, e, conseguentemente, di negare il differimento dell'esecuzione della pena quando il beneficio non sia ritenuto adeguato alle finalità previste dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione e la detenzione domiciliare non sia idonea a prevenire il pericolo di recidiva.

*P. Q. M.*

*Visti ed applicati gli artt. 1, legge n. 1/1948, 23, legge 11 marzo 1953, n. 87, 146 c.p., 678, 684 c.p.p.*

*Dichiara rilevante ai fini del giudizio e non manifestamente infondata, nei termini esposti in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 146, primo comma, n. 2), c.p., in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 30 Cost., nella parte in cui non prevede che il giudice possa negare il differimento quando lo ritenga non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione e la detenzione domiciliare non sia idonea a prevenire il pericolo di recidiva, sempre che l'espiazione della pena possa avvenire senza pregiudizio per le esigenze tutelate dalla norma.*

*Sospende il procedimento e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, riservando la definizione del procedimento all'esito della decisione della Corte adita.*

*Ordina che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza sia comunicata al Presidente del Consiglio dei ministri e ai Presidenti delle due Camere del Parlamento*

*Manda per le notifiche e comunicazioni prescritte alla condannata, al difensore, al Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Venezia.*

Così deciso in Venezia, in data 13 maggio 2008.

*Il Presidente:* TAMBURINO

*Il giudice estensore:* VONO

N. 326

*Ordinanza dell'11 marzo 2008 emessa dalla Corte d'appello di Napoli  
nel procedimento penale a carico di G.M.*

**Processo penale - Appello - Modifiche normative - Giudizio abbreviato - Limiti all'appello - Possibilità per l'imputato di proporre appello contro le sentenze di assoluzione pronunciate ai sensi dell'art. 88 cod. pen. (proscioglimento per vizio totale di mente) - Esclusione - Violazione del principio di ragionevolezza - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio di parità delle parti.**

- Codice di procedura penale, art. 443, comma 1.
- Costituzione, artt. 3, 24, comma secondo, e 111, comma secondo.

### LA CORTE DI APPELLO

Riunita in Camera di consiglio ha emesso la seguente ordinanza.

Con sentenza in data 28 giugno 2007 il G.u.p. del tribunale di Napoli, assolveva, ai sensi degli artt. 85 e 88 c.p. e 530 c.p.p., G.M. dal reato di tentato omicidio in danno della convivente D.C.M. perché non imputabile per vizio totale di mente e, ai sensi dell'art. 222 c.p., gli applicava la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario per la durata minima di anni cinque.

Avverso detta sentenza hanno proposto appello i difensori dell'imputato chiedendo di qualificarsi il fatto come lesione personale non avendo la persona offesa corso pericolo di vita; di riconoscersi la desistenza ai sensi dell'art. 56, comma 3, c.p.; di applicarsi una misura di sicurezza meno afflittiva, come consentito dalla sentenza n. 253/2003 della Corte costituzionale.

All'odierna udienza camerale presente l'imputato, il p.g. ha chiesto dichiararsi l'inammissibilità del proposto appello ai sensi dell'art. 443 c.p.p., come novellato dall'art. 2 legge n. 46/2006; i difensori hanno sollevato eccezione di incostituzionalità della suddetta norma in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione.

La corte si è riservata la decisione.

La dedotta questione di costituzionalità dell'art. 443, comma 1, c.p.p., come modificato dall'art. 2, legge n. 46/2006, è rilevante e non manifestamente infondata.

La questione è sicuramente rilevante: la suddetta norma prescrive, infatti, in via generale che l'imputato non può proporre appello contro le sentenze di proscioglimento e pertanto la decisione in ordine all'ammissibilità del presente gravame dipende dalla soluzione della questione proposta.

Al fine della valutazione della rilevanza, si osserva che la sentenza pronunciata ex art. 88 c.p., che presenta, come si chiarirà nel prosieguo, aspetti particolari, è qualificata espressamente dal primo comma dell'art. 530 c.p.p. sentenza di assoluzione e tale dato letterale non consente alcuna interpretazione del novellato art. 443 c.p.p. idonea a superare la preclusione dell'appello.

Né soccorre nell'ipotesi in esame la norma dell'art. 680, secondo comma, c.p.p., che prevede la competenza del tribunale di sorveglianza sull'impugnazione contro le sentenze di condanna o di proscioglimento concernenti le disposizioni che riguardano le misure di sicurezza in quanto, per giurisprudenza costante della suprema Corte, detta norma si applica unicamente nell'ipotesi in cui l'impugnazione abbia ad oggetto in via esclusiva il capo della sentenza che riguarda le misure di sicurezza, com'è agevole desumere dalla lettera degli artt. 579, primo e secondo comma, e 680, secondo comma, c.p.p. Nel caso di specie, invece, la difesa dell'imputato ha contestato con il gravame anche la qualificazione giuridica dei fatti ascritti e sul punto la decisione non può attribuirsi al tribunale di sorveglianza.

La questione di costituzionalità è, altresì, non manifestamente infondata perché l'art. 443, primo comma, c.p.p., come modificato dall'art. 2, legge n. 46/2006, viola gli artt. 24, secondo comma, 111, secondo comma, e 3 della Costituzione.

La sentenza di assoluzione dell'imputato per incapacità di intendere e volere presenta aspetti peculiari in quanto presuppone che il giudice abbia accertato la configurabilità del reato attribuito all'imputato in termini materiali e di colpevolezza; richiede, cioè, che il giudice abbia verificato l'esistenza del fatto-reato, la riferibilità all'imputato e l'assenza di cause di giustificazione.

Ne consegue che, pur in presenza di tutti i presupposti di una condanna, è pronunciata sentenza di assoluzione solo perché l'imputato è riconosciuto non punibile per vizio totale di mente al momento del fatto. Ulteriore peculiarità di detta pronuncia assolutoria è rappresentata dalla circostanza che, diversamente da tutte le altre sentenze di assoluzione, comporta l'applicazione di una sanzione particolarmente invasiva e limitativa della libertà personale, quale il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia per una durata massima non fissata dalla legge, ma soggetta al riesame ai sensi dell'art. 208 c.p.

La peculiarità di detta pronuncia è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale che con le sentenze n. 233/1984 e n. 41/1993 sottolineava la necessità che fosse attribuita al giudice istruttore e poi al giudice dell'udienza preliminare un ampio potere deliberativo così da rendere effettiva e non meramente teorica la pienezza del diritto di difesa.

È allora di tutta evidenza che l'imputato è portatore di un rilevante interesse a veder rivalutata nel merito anche con l'appello la sussistenza dei presupposti della pronuncia e, venuto meno l'automatismo dell'applicazione della misura di sicurezza a seguito degli interventi legislativi e della Corte costituzionale, la ricorrenza degli estremi per l'applicazione della misura di sicurezza e l'adeguatezza della misura applicata in relazione alle accertate condizioni di salute.

La preclusione dell'appello ora introdotto dall'art. 2, della legge n. 46/2006 rappresenta un'evidente menomazione del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 della Costituzione, che assume «nella disciplina processuale valore preminente essendo il diritto di difesa inserito nel quadro dei diritti inviolabili della persona talché esso non può essere sacrificato in virtù di altre esigenze come quella relativa alla speditezza del processo» (*cfi.* sent. n. 98/1994 Corte cost.)

Né l'eliminazione del potere di appello può ritenersi compensata dall'ampliamento dei motivi di ricorso per cassazione operato dalla stessa legge n. 46/2006 in quanto, quale che sia l'effettiva portata dei nuovi e più ampi casi di ricorso, il rimedio non attinge comunque alla pienezza del riesame di merito consentito dall'appello. In tal senso si è espressa la Corte costituzionale nelle sentenze n. 26 e 320 del 2007 con le quali ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 593 e 443 c.p.p. nella parte in cui escludevano che il p.m. potesse proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento.

Neppure è ipotizzabile che detta limitazione trovi giustificazione nella scelta del rito operata dall'imputato. Il potere d'impugnazione riconosciuto in via di principio all'imputato quale esplicazione del diritto di difesa e dell'interesse a far valere la propria innocenza non può essere sacrificato in vista delle finalità deflative proprie del giudizio abbreviato.

Siffatto principio è stato espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 363/1991 con la quale si è riconosciuta l'insopprimibilità del diritto dell'imputato a far valere in un ulteriore grado di merito le proprie doglianze ed è stata per l'effetto dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 443 c.p.p. nella parte in cui precludeva l'appello avverso le sentenze di condanna a pena che non deve essere eseguita.

Del resto la modifica apportata dall'art. 2 della legge n. 46/2006 rappresenta un tassello del più ampio disegno, evocato dallo stesso titolo della legge, volto a configurare l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento come regola generale valevole nell'ordinamento processuale, quindi anche nell'ambito del rito ordinario, come previsto dall'art. 593 c.p.p. novellato.

Sotto altro profilo, l'inappellabilità da parte dell'imputato delle sentenze di assoluzione ai sensi dell'art. 88 c.p. appare in contrasto anche con l'art. 111, secondo comma, della Costituzione.

A seguito delle pronunzie di illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 2, legge n. 46/2006 di cui alle sentenze n. 26 e 320 del 2007, è oggi consentita al p.m. la proposizione dell'appello contro le sentenze di proscioglimento pronunciate sia nel giudizio ordinario che in quello svolto con rito abbreviato. Tale asimmetria dei poteri delle parti processuali è in contrasto con il principio costituzionale della parità delle parti all'interno del processo.

Va infine segnalata un'intrinseca incoerenza della disciplina delle impugnazioni proponibili dall'imputato che si traduce in una violazione dell'art. 3 della Costituzione sotto il profilo del difetto di ragionevolezza.

Invero, a seguito della modifica dell'art. 443 c.p.p. l'imputato non può appellare le sentenze di assoluzione ai sensi dell'art. 88 c.p., che determinano l'applicazione di una misura di sicurezza limitativa della libertà personale e di durata non fissata nel massimo perché soggetta al riesame della pericolosità ai sensi dell'art. 208 c.p., mentre ha il potere di proporre impugnazione avverso le sentenze di condanna alla sola pena pecuniaria della multa, sanzione obiettivamente meno afflittiva.

Alla luce di tali considerazioni resta il ragionevole dubbio che la disciplina dell'art. 443, primo comma, c.p.p. come modificato dall'art. 2, legge n. 46/2006, nella parte in cui preclude l'appello dell'imputato avverso la sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 88 c.p. costituisca violazione del diritto di difesa, del principio di parità delle parti processuali e del principio di ragionevolezza ponendosi così in contrasto con gli articoli 24, secondo comma, 111, secondo comma, e 3 della Costituzione.

*P. Q. M.*

*Visto l'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87, dichiarata rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli articoli 24, secondo comma, 111, secondo comma, e 3 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 443, primo comma, c.p.p. come modificato dall'art. 2, legge n. 46/2006 nella parte in cui esclude che l'imputato possa proporre appello contro le sentenze di assoluzione pronunciate ai sensi dell'art. 88 c.p. (proscioglimento per vizio totale di mente), dispone la sospensione del presente giudizio e ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.*

*Dispone altresì che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata all'appellante Gargiulo Mario, ai difensori, al p.g., nonché al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.*

Napoli, addì 22 febbraio 2008

*Il Presidente: MERLINO*

*L'estensore: ACERRA*

08C0778

**N. 327**

*Ordinanza del 18 aprile 2008 emessa dal Giudice di pace di Vizzini  
nel procedimento civile promosso da Randello Melo contro Aurora Assicurazioni S.p.A. ed altra*

**Responsabilità civile - Risarcimento del danno derivante da sinistro stradale - Azione proposta da soggetto danneggiato da sinistro stradale nei confronti della propria compagnia di assicurazione e del responsabile civile - Eccezione di carenza di contraddittorio opposta dal responsabile civile in relazione alla mancata partecipazione al giudizio della propria compagnia di assicurazione - Disciplina del sistema di risarcimento diretto introdotto dal Codice delle assicurazioni private - Ritenuta preclusione della possibilità di esercitare la pretesa risarcitoria nei confronti del danneggiante e della sua compagnia di assicurazione, in linea con il principio generale del *neminem laedere* - Estraneità ai principi e ai criteri direttivi della delega conferita al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni - Eccesso di delega - Contrasto con la normativa comunitaria in materia di azione diretta contro l'assicuratore del responsabile civile - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza, sotto il profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento dei danneggiati in situazioni normativamente assimilabili - Incidenza sul diritto di difesa del danneggiato, del responsabile civile e della compagnia di assicurazione del responsabile civile - Asserita lesione dei principi costituzionali in materia di giusto processo, con particolare riguardo all'integrità del contraddittorio, alla parità delle parti e ai poteri di controllo del giudice.**

- Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, artt. 141, 149 e 150.
- Costituzione, artt. 3, 11, 24, 76 [in relazione all'art. 4, comma 1 lett. a) e b), della legge delega 29 luglio 2003, n. 229] e 111.

## IL GIUDICE DI PACE

A scioglimento della riserva assunta all'udienza del 5 marzo 2008; esaminati gli atti; sentite le parti;

## O S S E R V A

1. — *In fatto.*

Per ottenere il risarcimento dei danni sofferti a seguito di un recente sinistro stradale, Randello Melo ha attivato la procedura prevista dall'art. 149 del Codice delle Assicurazioni, convenendo in giudizio la propria compagnia assicurativa (l'Aurora Assicurazioni S.p.A.) ed il responsabile civile (il proprietario dell'altro veicolo coinvolto nel sinistro, tale Randello Rosa Carmela).

Costituendosi in giudizio, la convenuta Randello Rosa Carmela ha eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 149, d.lgs. n. 209/2005, per violazione degli artt. 3, 24 e 76 Cost.

2. — *In diritto. Non manifesta infondatezza della questione.*

La questione non appare manifestamente infondata, sotto diversi profili.

Testualmente, il sesto comma dell'art. 149 del Codice delle Assicurazioni prevede che, qualora non si raggiunga un accordo, il danneggiato possa proporre «l'azione diretta di cui all'articolo 145, comma 2, nei soli confronti della propria impresa di assicurazione».

A) Gli artt. 149 e 150 del Codice delle Assicurazioni offrono seri spunti di incostituzionalità, sotto il profilo dell'eccesso di delega e del contrasto con la normativa comunitaria.

Si deduce, in relazione al superamento dei limiti che legittimano il processo formativo della delega, la violazione dell'art. 76 della Costituzione (*cf.*: Corte cost. 26 gennaio 1957 n. 3, Corte cost. 10 febbraio 1981 n. 12, Corte cost. 1964 n. 57, in tema di T.U. sulla circolazione stradale, nonché Corte cost. 8 febbraio 1001 n. 68, in tema di necessaria puntualizzazione di principi e criteri direttivi da parte della legge delega).

Come correttamente evidenziato dal procuratore della convenuta Randello Rosa Carmela, il combinato disposto degli artt. 20 legge n. 59/1997 e 4, legge n. 229/2003 (la legge delega) avrebbe imposto che venisse acquisito il parere preventivo del Consiglio di Stato. Di fatto, l'organo di consulenza si è, invece, espresso unicamente in data 14 febbraio 2005 su di uno schema di codice parzialmente diverso, che conteneva soltanto la disciplina regolata dall'art. 144, primo e secondo comma del T.U. (che prevede l'esercizio dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile), mentre non figuravano gli articoli 149 e 150 sul risarcimento diretto, né il terzo comma dell'art. 141 del C.d.A. sul «risarcimento trasportato», introdotti dal Governo due mesi e mezzo dopo, in assenza di delega e senza interpellare il Consiglio di Stato.

In secondo luogo, il potere normativo delegato era stato conferito all'unico fine di riordinare ed anonizzare le disposizioni vigenti in tema di r.c.a., non per apportare delle innovazioni così profonde come le procedure di risarcimento diretto e la nuova disciplina processuale, tali da stravolgere i più consolidati principi generali del settore.

Ancora, le norme che introducono una procedura speciale a contraddittorio non integro violano due principi della delega, quelli enunciati nell'art. 4 lettere a) e b) della legge n. 229 del 29 luglio 2003.

Risulta in particolare violato il principio indicato nella lettera a) del citato art. 4, in quanto le norme in deroga ai principi dell'azione diretta a litisconsorzio integro sono in evidente contrasto con il principio generale di adeguamento alle disposizioni comunitarie, con espresso riferimento alle cinque vigenti direttive europee in materia di RCA. Si tratta della prima direttiva, la n. 72/166 CE, che già prevedeva il riavvicinamento delle legislazioni degli stati membri con la previsione di assicurazione obbligatoria della RCA e dell'azione diretta verso l'assicuratore del responsabile civile; della seconda direttiva, la n. 84/5 CE; della terza direttiva, la n. 90/232 CE; della quarta direttiva, la n. 2000/26 CE; della quinta direttiva, la n. 2005/14 CE, che modifica tutte le precedenti ed è in vigore dal 16 giugno 2005 con termine per l'attuazione all'11 giugno 2007.

Orbene, l'art. 149 del Codice delle Assicurazioni prevede una procedura speciale a litisconsorzio limitato, che intende escludere una delle due imprese interessate e comunque il responsabile civile ed il conducente antagonista. Il principio generale desumibile dalle direttive citate, di cui le prime quattro vigenti al tempo della codificazione e dal ventunesimo considerando della quinta direttiva, che espressamente richiama la quarta (vigente al tempo della codificazione), è che l'azione diretta contro l'assicuratore del responsabile civile è a litisconsorzio integro, nel senso che

prendono parte al giudizio tutti i soggetti interessati: il danneggiato, il conducente responsabile o i conducenti coinvolti nello scontro, nonché le rispettive assicurazioni, in relazione al fatto illecito della circolazione da accertarsi in comunanza di causa.

*In diritto. Rilevanza della questione per il giudizio in corso.*

La rilevanza della questione consiste nel fatto che l'insieme delle direttive europee impongono che il contraddittorio sia integro; sul punto, è particolarmente esplicita la quinta direttiva. Questo principio non è stato preso in considerazione neppure dal decreto legislativo n. 198 del 6 novembre 2007, emanato in «attuazione della direttiva 2005/14/CE che modifica le direttive 72/166/CE, 84 maggio CE, 88/357/CE, 90/232/CE e 2000/26/CE, sull'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli». La previsione dell'art. 149 sesto comma del Codice delle Assicurazioni non può che determinare, quindi, la violazione del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, reso esecutivo con legge 14 ottobre 1957, n. 1203, e la conseguente condanna dello Stato italiano. Il contrasto appare evidente, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost. (per eccesso di delega) e dell'art. 11 Cost. (per il venir meno agli impegni internazionali). Le cinque direttive comunitarie in materia r.c.a. sono, infatti, norme di fonte sopranazionale.

Da ultimo, non appare ultroneo porre in evidenza come l'auspicabile accoglimento dell'eccezione avrebbe delle inevitabili ricadute strutturali sul giudizio in corso, giacché permetterebbe la partecipazione del responsabile civile e/o della propria impresa di assicurazione, garantendo un maggiore approfondimento della vicenda e determinando, verosimilmente, un esito diverso e più corretto della controversia.

Risulta, altresì, violato il principio di cui alla lettera *b*) dell'art. 4, con riferimento alla tutela dei consumatori (e tale è, per il legislatore delegante, l'assicurato quale persona fisica nei confronti dell'imprenditore assicuratore) ed alla tutela dei contraenti deboli (e tale è, sempre per il legislatore delegante, il danneggiato in generale), con particolare riferimento al processo di liquidazione dei sinistri, ivi compresi gli aspetti strutturali del servizio.

La violazione del principio si prospetta come un vero e proprio indebolimento della tutela:

*a*) del danneggiato, quale parte debole, che si trova escluso dal beneficio della solidarietà tra condebitori, ed ha per contraddittore una parte forte, anomala, ovverosia il proprio assicuratore, che potrebbe avere interesse a non risarcirlo;

*b*) dell'assicurato responsabile civile, che vede escluso dal contraddittorio se stesso e la propria impresa di assicurazione, mentre ha interesse non solo a divenire parte del giudizio risarcitorio, ma anche a coinvolgerci il proprio assicuratore.

*In diritto. Rilevanza della questione per il giudizio in corso.*

La rilevanza ai fini del decidere deriva dal fatto che la disciplina del Codice delle Assicurazioni conteneva già un rimedio compatibile con i principi ed i criteri dettati dalla legge delega. La decisione si sarebbe basata su un altro corso procedurale regolato dall'art. 144, primo e terzo comma, del Codice delle Assicurazioni, oppure si sarebbe fondata sull'azione prevista dall'art. 2054 c.c.

Anche sotto questo profilo, l'auspicabile accoglimento dell'eccezione avrebbe delle inevitabili ricadute strutturali sul giudizio in corso, giacché permetterebbe la partecipazione del responsabile civile c/o della propria impresa di assicurazione, garantendo un maggiore approfondimento della vicenda e determinando, verosimilmente, un esito diverso e più corretto della controversia.

*B*) La procedura speciale in deroga, nella norma richiamata, è una procedura semplificata per il contraddittorio, con effetti lesivi delle posizioni soggettive del danneggiato e del responsabile civile. Il secondo profilo di illegittimità della procedura, contenuta nell'art. 149 sesto comma del Codice delle Assicurazioni, attiene al contrasto con le regole del giusto processo civile, di cui al primo ed al secondo comma dell'art. 111 della Costituzione: il giusto processo civile si svolge nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. Un processo a contraddittorio non integro è sicuramente un ingiusto processo, ed indubbiamente non in condizioni di parità tra le parti, posto che la parte pretermessa non è garantita, a fronte della prevedibile formazione di un giudicato con riflessi esterni. Le diverse limitazioni alle quali dovrebbe sottostare il danneggiato violano l'art. 111 Cost., che costituisce la norma quadro del giusto processo, sia in considerazione della palese disparità di trattamento rispetto alle situazioni processuali analoghe, sia per l'impossibilità di qualificare come «giusto» un processo dove una delle parti è costretta a sopportare forti limitazioni nella possibilità di provare le proprie ragioni.

Consideriamo la posizione della vittima costretta, dalla chiara lettera della norma (ma il problema è identico per l'applicazione dell'art. 141, terzo comma, del t.u.) ad azionare le proprie pretese solo convenendo il proprio assicuratore: la procedura speciale sopprime l'azionabilità di un diritto di credito *ex delicto*, in contrasto con l'art. 24 Cost.

(che prevede un rimedio pieno per la lesione di ogni diritto) e con l'art. 111 Cost., giacché modifica le regole del contraddittorio in relazione alla stessa struttura dell'illecito della circolazione (artt. 2043, 2054 c.c. e art. 144, primo e terzo comma del Codice delle Assicurazioni, tra di loro coordinati). In base ad un'interpretazione letterale, la norma sembrerebbe escludere la possibilità di convenire in giudizio anche il presunto responsabile civile, incorrendo in una serie di censure di incostituzionalità.

L'azione di risarcimento diretto è un rimedio minore rispetto a quello ordinario, che limita gravemente i diritti della difesa del danneggiato, il quale non può avvalersi dell'efficacia probatoria della risposta o della mancata risposta all'interrogatorio formale del conducente antagonista; il modulo a firma congiunta, sottoscritto ai sensi dell'art. 143, secondo comma, del Codice delle Assicurazioni assume un valore confessorio stragiudiziale non opponibile all'assicuratore in lite; non può essere deferito al conducente responsabile del sinistro giuramento suppletorio; se chiamato a deporre sui fatti, quale teste, l'assicuratore ne eccepirà l'inattendibilità o l'inammissibilità della escussione; la scelta del foro competente risulta limitata, se è il proprio assicuratore l'unico soggetto che può essere convenuto. Ed ancora: le norme che prevedono la procedura speciale precludono l'azione promuovibile dalla vittima ai sensi dell'art. 2054 c.c., nel senso che una volta eletta la via della procedura speciale se ne devono osservare le regole in relazione al contraddittorio ed alla legittimazione passiva, e resta anche precluso il potere del giudice di ammettere *iussu iudicis* la chiamata in lite dell'impresa assicuratrice del responsabile civile. La stessa formazione della *res iudicata* può condurre ad un contrasto di giudicati nel caso in cui, parallelamente, il conducente vittima o il terzo trasportato sull'auto antagonista si avvalgano in via autonoma delle procedure semplificate, arrivando ad ottenere una decisione di segno difforme.

La sequela delle anomalie processuali e sostanziali in questione pone in evidenza l'insufficienza del fine processuale, che dovrebbe essere quello di un pronto ristoro per la vittima, attraverso la semplificazione della procedura, proprio perché la posizione dell'assicuratore del danneggiato non è necessariamente di garanzia. Per altro verso, risultano palesemente ridotti i poteri di controllo del giudice, nel caso di un accordo sottostante tra le assicurazioni (di cui una sola presente in lite), o nel caso di un accordo tra le parti contrario ai principi della responsabilità *ex delicto*. Non è dunque certo che la vittima, costretta ad avvalersi della procedura speciale a litisconsorzio non integro, riceva adeguata protezione anche sul piano dell'esercizio dei mezzi di difesa e della presenza in lite di più solidali. Appare dunque evidente come il danneggiato, dovendosi avvalere di una procedura a litisconsorzio non integro, possa rimanere pregiudicato dall'assenza dei coobbligati in solido.

La soppressione della solidarietà tra i condebitori solidali è incostituzionale, sia sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza, che non consente di giustificare la riduzione del numero dei soggetti nei confronti dei quali ha diritto di esercitare la propria pretesa *ex art. 2055 c.c.*, sia sotto l'aspetto dell'incompatibilità con i principi ed i criteri contenuti nella legge delega.

Sussiste dunque l'evidente compressione dei principi del giusto processo civile e dell'utile esercizio di tutti i mezzi di difesa, e sussiste un'evidente irrazionalità nelle scelte del legislatore, denunciabile ai sensi dell'art. 3 Cost.; il legislatore, infatti, modifica i principi europei dell'azione diretta e, innovando in deroga, inventa una sorta di arbitrato giudiziale dove il giudice ha funzioni notarili e dove il contraddittorio integro è solo un elemento di disturbo.

La procedura di risarcimento diretto sembrerebbe essere facoltativa, almeno secondo un'interpretazione testuale della norma. In caso contrario, le forti limitazioni al diritto di difesa del danneggiato apparirebbero ancor più gravi ed inaccettabili, giacché egli non avrebbe nemmeno la facoltà di agire *ex art. 144 cod. assic.*, né *ex art. 2054 cod. civ.* La sostanziale disuguaglianza, rispetto alle ipotesi in cui la procedura *ex art. 149* non è applicabile, assumerebbe contorni ancor più intollerabili.

#### *In diritto. Rilevanza della questione per il giudizio in corso.*

La rilevanza ai fini del decidere deriva dal fatto che la disciplina del Codice delle Assicurazioni conteneva già un rimedio. La decisione si sarebbe basata su un altro corso procedurale, regolato dall'art. 144, primo e terzo comma, del Codice delle Assicurazioni o dall'art. 2054 c.c.

Anche sotto questo profilo, l'auspicabile accoglimento dell'eccezione avrebbe delle inevitabili ricadute strutturali sul giudizio in corso, giacché permetterebbe la partecipazione del responsabile civile e/o della propria impresa di assicurazione, garantendo un maggiore approfondimento della vicenda e determinando, verosimilmente, un esito diverso e più corretto della controversia.

C) Parimenti, considerando la posizione del responsabile civile e del suo assicuratore, pretermessi nelle procedure speciali, sussistono gli stessi dubbi di incostituzionalità.

In primo luogo, il responsabile civile non potrebbe esercitare il proprio diritto di difesa nell'ambito di un giudizio che, indirettamente, ne potrebbe intaccare la sfera patrimoniale.

Si tenga infatti presente che, secondo la migliore dottrina, l'impresa del danneggiato parteciperebbe al giudizio quale mandataria *ex lege* dell'impresa del responsabile civile, senza rappresentanza.

Successivamente, avrebbe facoltà di chiedere il rimborso delle somme versate al mandante, secondo il meccanismo della c.d. stanza di compensazione. L'assicuratore del responsabile civile, avendo soddisfatto il danneggiato, attiverebbe inevitabilmente quei meccanismi contrattuali (come la clausola *bonus-malus*), idonei ad incidere sulla determinazione dei premi futuri. E dunque il responsabile civile, pur non avendo partecipato al giudizio, ne risulterebbe gravemente pregiudicato sul piano patrimoniale.

La violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione sarebbe eclatante.

La violazione dell'art. 111 Cost. risulterebbe di ancor maggiore evidenza, nell'ipotesi in cui il responsabile civile intendesse agire a sua volta, deducendo la colpa esclusiva o concorrente del danneggiato.

Il responsabile civile, non essendo parte del giudizio instaurato dal danneggiato contro la propria compagnia assicurativa, non potrebbe infatti spiegare alcuna domanda riconvenzionale, ma dovrebbe agire in via autonoma, convenendo il proprio assicuratore in un procedimento separato. Si creerebbero così due cause simmetriche, che comporterebbero dei costi più elevati per le parti e per l'intera società e che, soprattutto, potrebbero dar luogo a giudicati contrastanti. La situazione, del tutto irragionevole, risulterebbe certamente del tutto lontana da quel modello di «giusto processo» voluto dal legislatore costituzionale del 2001.

Né, per smorzare le censure di incostituzionalità, sembra possibile ipotizzare il ricorso allo strumento della riunione dei processi, sia perché si tratterebbe di un escamotage del tutto eventuale, sia perché a rigore ciascun danneggiato non potrebbe comunque estendere la domanda contro l'altro, sia perché le cause potrebbero essere iscritte a ruolo presso giudici territorialmente molto distanti, proprio a causa della riduzione dei fori alternativi, evidenziata in precedenza.

C.1.) Anche qualora fosse possibile superare il dato testuale, permettendo al danneggiato di convenire in giudizio pure il responsabile civile, in conformità ai principi generali, il sistema delineato dall'art. 149 cod. assic. non risulterebbe affatto immune da censure di incostituzionalità.

Non è chiaro se, ricorrendone i presupposti, il danneggiato sia obbligato ad attivare la procedura di risarcimento diretto, ovvero se ne abbia solo facoltà, come sembrerebbe suggerire il testo della norma («può proporre», invece che «propone» o «deve proporre»). In quest'ultima ipotesi, che comunque appare la più ragionevole, il responsabile civile si troverebbe costretto a sottostare ad uno dei diversi possibili sistemi processuali, a scelta esclusiva ed insindacabile del danneggiato. La violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) sarebbe indiscutibile.

Non è chiaro se, attivata la procedura di risarcimento diretto, il responsabile civile possa o meno chiamare in causa il conducente ed il proprio assicuratore. Sulla base del dato testuale e della stessa logica del sistema delineato dall'art. 149, la soluzione non può che essere negativa. Ne conseguono una serie di profili di incostituzionalità, decisamente rilevanti.

Qualora il danneggiato convenisse in giudizio il proprio assicuratore ed il responsabile civile ed ottenesse ragione, il responsabile si ritroverebbe ad essere condannato in solido con un soggetto a lui del tutto estraneo, con il quale non ha mai avuto rapporti. Pur non avendo mai scelto quell'assicuratore, si troverebbe esposto (in linea teorica) al rischio dell'insolvenza di quel condebitore in solido, scelto non da lui ma dall'attore.

In mancanza di un legame contrattuale con l'assicuratore del danneggiato, il responsabile civile non potrebbe nemmeno chiedere di essere garantito dagli oneri dell'eventuale condanna; non potendo sfuggire alla solidarietà, si troverebbe incondizionatamente esposto alle richieste del danneggiato.

Inoltre, qualora volesse rimanere contumace, il responsabile civile si ritroverebbe ad essere difeso da una compagnia assicurativa che non ha scelto, pur avendo, in ipotesi, pagato un premio più alto per il maggior impegno profuso dal proprio assicuratore in queste situazioni. Qualora invece egli si volesse difendere avvalendosi del patto di gestione della lite inserito nel contratto stipulato con il proprio assicuratore, ne sarebbe impossibilitato e si vedrebbe costretto ad anticipare gli onorari in favore di un difensore (pur avendo pagato un premio più alto, proprio in forza del patto di gestione della lite).

In tutte queste ipotesi, la violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost. sarebbe indiscutibilmente eclatante.

Ma vi è di più.

Se il responsabile civile decidesse di spiegare domanda riconvenzionale, la compagnia assicurativa dell'attore-danneggiato si troverebbe a dover avallare contemporaneamente due prospettazioni del tutto divergenti, quella del convenuto (in qualità di mandataria *ex lege* senza rappresentanza dell'assicuratore di quest'ultimo) e quella dell'attore-danneggiato (ovverosia del proprio assicurato, che dovrebbe tenere indenne da ogni pregiudizio). Ne deriverebbe un

insanabile conflitto di interessi, assolutamente irragionevole e ingiusto, che metterebbe in seria difficoltà l'assicuratore del danneggiato e non garantirebbe né la posizione dell'attore, né quella del convenuto. In presenza di un patto di gestione della lite, la situazione assumerebbe connotazioni ancor più inique e inaccettabili.

In casi del genere, l'unica possibilità di superare il conflitto di interessi consisterebbe nell'ammettere che il responsabile civile - convenuto possa chiamare in causa il proprio assicuratore. Si tratta, però, di una soluzione che tenderebbe a stravolgere il sistema delineato dall'art. 149 del Codice delle Assicurazioni, fino al punto di appiattirlo sui tradizionali principi generali della responsabilità civile automobilistica. Si tratterebbe, in altri termini, di una vera e propria *interpretatio abrogans*, decisamente preclusa all'interprete. È per questo che ogni possibile sforzo ermeneutico, incentrato su di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 149 del Codice delle Assicurazioni, non può che essere destinato a fallire.

C.2.) Anche l'ipotesi prevista dal sesto comma, parte seconda dell'art. 149 del Codice delle Assicurazioni, ovvero l'intervento dell'assicuratore del responsabile civile, non appare affatto risolutiva.

Si tratta di una mera facoltà, della quale è difficile prevedere un esercizio statisticamente rilevante.

La compagnia del responsabile civile, di regola, non ha nessun interesse a riconoscere la responsabilità del proprio assicurato (il che avviene decisamente di rado anche oggi), né a partecipare al giudizio ed a sopportare le spese di lite in virtù del principio della soccombenza. Qualora, nonostante tutte le previsioni, la compagnia decidesse effettivamente di intervenire e di riconoscere la responsabilità del proprio assicurato, aderendo alla prospettazione dell'attore-danneggiato, si porrebbero una serie di problemi: se si ammettesse l'estensione del contraddittorio al responsabile civile, questi potrebbe rifiutare la scelta processuale dell'assicuratore, ricreando una situazione di conflitto; se invece se ne escludesse la partecipazione al giudizio, il responsabile civile si ritroverebbe a dover sopportare gli oneri di una condanna emessa a seguito di un processo al quale non ha partecipato, in palese violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), del diritto di difesa (art. 24) e dei principi del giusto processo (art. 111 Cost.).

D) Si è detto che la procedura di risarcimento diretto sembrerebbe essere facoltativa, almeno secondo un'interpretazione testuale della norma.

In caso contrario, le forti limitazioni al diritto di difesa del danneggiato (v. *supra*, § a) apparirebbero ancor più gravi e inaccettabili, giacché egli non avrebbe nemmeno la facoltà di agire ex art. 144 cod. assic., né ex art. 2054 cod. civ. La sostanziale disuguaglianza, rispetto alle ipotesi in cui la procedura ex art. 149 non è applicabile, assumerebbe contorni ancor più intollerabili.

Costituendosi in giudizio, l'assicuratore del danneggiato può assumere diverse posizioni. In linea di principio, ogni scelta processuale è legittima, nel caso in esame, però, le ragioni delle scelte dell'assicuratore potrebbero nascere da accordi sottostanti e poco chiari tra le compagnie assicurative (di cui una sola presente nel giudizio), destinati a sfuggire al controllo del giudice. Appare dunque evidente come il danneggiato, dovendosi avvalere di una procedura a litisconsorzio non integro, possa rimanere pregiudicato dall'assenza dei coobbligati in solido.

### 3. — In diritto. Rilevanza della questione per il giudizio in corso.

Nel caso in esame, l'attore ha agito ai sensi del sesto comma dell'art. 149 de Codice delle Assicurazioni, citando anche il responsabile civile. Il danneggiante, costituendosi in giudizio, ha eccepito che il contraddittorio non sarebbe integro, perché in caso di condanna si troverebbe obbligato in solido con un soggetto con il quale non ha nessun rapporto, né contrattuale né extracontrattuale, invece che con il proprio assicuratore (nei confronti del quale potrebbe far valere la garanzia assicurativa).

Si pone pertanto il problema di comprendere se il danneggiato abbia agito correttamente, ovvero se fosse tenuto a citare anche l'assicuratore del responsabile civile o se, al contrario, fosse tenuto a citare unicamente la propria compagnia assicurativa. In ogni caso, si pone il problema di comprendere se il responsabile civile possa chiedere di chiamare in causa (anche *iussu iudicis*) il proprio assicuratore, nell'ottica di un giudizio a contraddittorio integro.

Appare evidente come l'art. 149 cod. assic. preveda, a rigore, la partecipazione al giudizio unicamente dell'assicuratore del danneggiato. Ogni diversa interpretazione, costituzionalmente orientata, contrasta irrimediabilmente con il dettato normativo e con il sistema del risarcimento diretto.

Allo stato, pertanto, il responsabile civile dovrebbe essere escluso dal giudizio; nella migliore delle ipotesi, vi potrebbe partecipare senza poter chiamare in causa il proprio assicuratore. La (auspicabile) dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa inciderebbe in maniera profonda sull'esito del giudizio, consentendo di ripristinare un contraddittorio integro.

Le questioni di costituzionalità, riassuntivamente, attengono:

a) alla violazione dell'art. 76 della Costituzione, per l'evidente violazione di due principi delega (indicati nell'art. 4 lettere a) e b) della legge 29 luglio 2003 n. 229), da parte degli articoli 141 terzo comma e 149 sesto comma del codice delle assicurazioni;

b) alla violazione degli artt. 111, primo e secondo comma, e art. 24 della Costituzione, per l'evidente violazione dei principi del contraddittorio integro e della parità delle armi difensive, che risultano sostanzialmente ridotte per chi si avvale delle procedure speciali; ma anche in relazione alla perdita o riduzione della funzione di giudice imparziale del giudice adito, che non accerta necessariamente l'illecito della circolazione, nel caso di amichevole intesa tra le parti, in danno del terzo responsabile estromesso dalla lite per volontà di legge;

c) risulta allora evidente, anche in relazione alla violazione delle direttive europee che configurano una procedura per azione diretta ma a contraddittorio integro e con parità delle armi, che la deroga italiana contrasti con il principio di ragionevolezza di cui al comma primo dell'art. 3 della Costituzione, poiché le norme esaminate, senza un ragionevole motivo, prevedono un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni di interesse sostanziale in ordine all'accertamento dell'illecito da circolazione stradale, trattamento che invece le direttive europee RCA e lo stesso codice delle assicurazioni considerano come diretto all'accertamento pieno di responsabilità civili ed all'ottenimento di risarcimenti soddisfatti (cfr: Corte cost. 29 maggio 1965 n. 15, 30 novembre 1982 n. 204; nonché sentenze 427 del 1999 e 289 del 2000, con riferimento alla *ratio legis* generale).

P. Q. M.

*Visto l'art. 23, legge n. 87/1953;*

*Dispone la sospensione del presente giudizio e l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, affinché valuti la legittimità costituzionale degli artt. 141, 149 e 150 d.lgs. 209/2005, alla stregua degli artt. 3, 11, 24, 76 e 111 Cost.*

*Dispone che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia comunicata alle parti, al Presidente del Consiglio dei ministri ed ai Presidenti delle Camere.*

Vizzini, addì 2 aprile 2008

*Il giudice di pace: ZARRILLO*

08C0792

N. 328

*Ordinanza del 5 giugno 2008 emessa dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana sull'appello proposto dal Ministero della giustizia ed altri contro Buscema Luca*

**Professioni - Avvocato e procuratore - Esami per l'abilitazione professionale - Candidati ammessi alle prove orali a seguito di sentenza del TAR da cui derivi l'obbligo per l'amministrazione di rivalutare le prove scritte - Previsto conseguimento ad ogni effetto dell'abilitazione nel caso di superamento delle prove orali - Denunciata violazione dei principi del giusto processo, del diritto al contraddittorio, del principio del giudice naturale, delle garanzie della tutela giurisdizionale e del doppio grado di giurisdizione - Riferimento all'ordinanza della Corte n. 312/2007 di manifesta inammissibilità per difetto di rilevanza di questione analogà, ritenuta dal giudice rimettente non estensibile alla fattispecie.**

- Decreto-legge 30 giugno 2005, n. 115, art. 4, comma 2-bis, convertito, con modificazioni, nella legge 17 agosto 2005, n. 168.
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, 25, 101, comma secondo, 103, 104, primo comma, 111, comma secondo, 113, comma secondo, e 125.

IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA  
PER LA REGIONE SICILIANA

Ha pronunciato in sede giurisdizionale la seguente ordinanza sul ricorso in appello n. 3/2008, proposto da Ministero della giustizia, in persona del Ministro *pro tempore*, Commissione centrale per l'esame di avvocato - sessione 2005 - presso il Ministero della giustizia, in persona del Presidente *pro tempore* e Commissione per l'esame d'abilitazione all'esercizio della professione forense presso la Corte di appello di Messina per l'anno 2006-2007, in persona del Presidente *pro tempore*, *ex lege* rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici in Palermo, via A. De Gasperi n. 81 sono per legge domiciliati;

Contro Buscema Luca, rappresentato e difeso dall'avv. Carmelo Brigiglio, elettivamente domiciliato in Palermo, via D. Trentacoste n. 89, presso Alessandra Allotta, per la riforma della sentenza del T.a.r. per la Sicilia - Sezione staccata di Catania (sez. IV) - n. 1327 del 27 luglio 2007, e per la reiezione del ricorso di primo grado.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato;

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

Visti gli atti tutti del giudizio;

Relatore, alla Camera di consiglio del 2 aprile 2008, il consigliere Antonino Corsaro;

Uditi altresì l'avv. dello Stato Dell'Aira per le amministrazioni appellanti e l'avv. C. Brigiglio per l'appellato;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con la sentenza gravata, il T.a.r. per la Sicilia, Sezione staccata di Catania — decidendo la causa nel merito con succinta motivazione nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, ai sensi dell'art. 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 — ha accolto il ricorso proposto dal dott. Luca Buscema e ha annullato il provvedimento della Commissione per gli esami di avvocato, sessione 2006, presso la Corte di appello di Messina, con cui egli è stato dichiarato non idoneo alle prove scritte e non è stato ammesso a sostenere le prove orali dell'abilitazione all'esercizio della professione forense, in quanto ai suoi elaborati sono stati attribuiti i punteggi di 28/50 nella prova di diritto civile e di 20/50 nella prova di redazione di un atto giudiziario.

La sentenza di prime cure, annullando gli atti impugnati, ha altresì stabilito «l'obbligo per l'amministrazione di valutare *ex novo* gli elaborati scritti del ricorrente conformandosi ai principi di diritto enucleati dal Collegio, e che tale valutazione dovrà essere effettuata dalla Commissione per gli esami di avvocato di L'Aquila, con l'osservanza di ogni modalità utile a garantire l'anonimato degli elaborati, e, in ogni caso, con una composizione diversa rispetto a quella della sottocommissione che ha effettuato la prima valutazione»; e ha dettato anche ulteriori prescrizioni di dettaglio circa le modalità da seguirsi nella prescritta ricorrenza degli stessi elaborati.

Avverso tale sentenza, pubblicata il 27 luglio 2007, ha interposto appello il Ministero della giustizia con atto notificato il 7 dicembre 2007 e depositato presso questo Consiglio il 2 gennaio 2008.

Le amministrazioni appellanti hanno altresì chiesto, in via incidentale, la sospensione della esecutività della sentenza gravata.

È stata conseguentemente fissata la Camera di consiglio del 30 gennaio 2008.

Prima di tale data, è accaduto che:

1) in esecuzione della sentenza di primo grado, esecutiva *ex art.* 31 della legge n. 1034 del 1971, la Commissione istituita presso la Corte di appello di L'Aquila ha ricorretto, secondo i criteri fissati dal T.a.r., gli elaborati del ricorrente, attribuendo punteggi non inferiori a quelli richiesti per l'ammissione alla prova orale;

2) conseguentemente, l'interessato è stato ammesso alla prova orale, che ha sostenuto a Messina, con esito positivo, il 22 gennaio 2008;

3) il 23 gennaio 2008, egli, sulla base del certificato di idoneità rilasciatogli in pari data, si è iscritto all'Albo degli avvocati della stessa Messina.

Invocando, fra l'altro, l'applicazione dell'art. 4, comma 2-*bis*, del d.l. 30 giugno 2005, n. 115, nel testo risultante dalla relativa legge di conversione 17 agosto 2005, n. 168, il 30 gennaio 2008 l'appellato si è costituito nel giudizio di appello, chiedendo il rigetto o la declaratoria di inammissibilità del gravame.

In esito alla Camera di consiglio del 30 gennaio 2008, con ordinanza 4 febbraio 2008, n. 86, previa interinale sospensione degli effetti della sentenza gravata, questo Consiglio ha disposto acquisirsi ulteriore documentazione, rinviando l'ulteriore trattazione della causa alla successiva Camera di consiglio del 2 aprile 2008.

Ivi, con ordinanza 15 aprile 2008, n. 320, è stato reiterato l'interinale accoglimento della domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza gravata sino all'esito del giudizio di costituzionalità che viene sollevato con la presente ordinanza; in dettaglio, si è «ritenuto che con separata ordinanza in corso di pubblicazione è stato deciso di rimettere alla Corte costituzionale l'esame e la decisione di alcune questioni di costituzionalità relative al comma 2-*bis* dell'art. 4 del d.l. n. 115/2005 nel testo aggiunto dalla legge di conversione n. 168/2005; che peraltro la proposizione di questioni di costituzionalità non impedisce la adozione di misure cautelari interinali (Corte cost. 444/1990, 367/1991) e che la decisione cautelare definitiva potrà quindi essere assunta all'esito del predetto giudizio; che nelle more della decisione della Corte costituzionale e nel bilanciamento degli interessi appare prevalente quello di cui è portatrice la pubblica amministrazione appellante».

La rimessione alla Corte costituzionale viene dunque effettuata con la presente ordinanza, come preannunciato dalla citata ordinanza n. 320 del 2008.

## D I R I T T O

1. — Si premette che questo Consiglio, già con ordinanza 28 luglio 2006, n. 479, aveva sollevato «questione di legittimità costituzionale del comma 2-*bis* dell'art. 4 del d.l. 30 giugno 2005, n. 115, convertito, con modificazioni, in legge 17 agosto 2005, n. 168, per la violazione degli artt. 3, 24, 25, 101, secondo comma, 104, primo comma, 111, secondo comma e 113».

Senonché la Corte costituzionale — per una specifica peculiarità di quel ricorso — con ordinanza 20 luglio 2007, n. 312, ha dichiarato «la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale» per irrilevanza nel giudizio *a quo*, in quanto «il giudice remittente non è chiamato ad applicare la disposizione censurata».

Giova sinteticamente ricordare quale fosse la peculiare vicenda, tralasciata dall'ordinanza di rimessione, che rendeva (solo) in quello specifico caso irrilevante la questione proposta.

La vicenda processuale cautelare — che traeva origine da un caso di c.d. turismo cautelare (o forum shopping), in cui un ricorso di competenza del T.a.r. per la Sicilia, Sezione staccata di Catania era stato trattato, in sospensiva, da quello per la Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria — si era svolta, in quel caso, anteriormente all'entrata in vigore del cit. d.l. n. 115/2005.

Con ordinanza 16 luglio 2003, n. 442, il T.a.r. per la Calabria aveva ordinato la ricorrezione delle prove scritte dell'esame di abilitazione svolto dal ricorrente, che solo in esito a ciò era riuscito a superare la prova.

Tuttavia, tale ordinanza cautelare era stata successivamente annullata dal Consiglio di Stato, con l'ordinanza 18 novembre 2003, n. 5106.

Va rilevato che l'esito di quel giudizio cautelare non si basò sul citato art. 4, comma 2-*bis*, non ancora vigente esso, altrimenti, a prove *medio tempore* superate, avrebbe precluso in radice la riforma dell'ordinanza cautelare, impedendone la cognizione al giudice di ultimo grado.

La pronuncia cautelare di appello — in assenza di una norma che imponesse di dichiarare la cessazione della materia del contendere quale effetto della concessione di un provvedimento cautelare e della sua (obbligatoria) esecuzione — in totale riforma dell'ordinanza di primo grado aveva dunque respinto l'istanza cautelare del ricorrente, altresì dichiarando la «conseguente caducazione di tutti gli atti» adottati in esecuzione della ordinanza del T.a.r. Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria.

Come è stato osservato dalla citata ordinanza della Corte cost. n. 312 del 2007, l'integrale riforma in appello «ha fatto venir meno gli effetti prodotti da tali atti e, cioè, il superamento delle prove scritte, l'ammissione del candidato alla prova orale e il superamento di questa».

Perciò, in quello specifico caso, la Corte costituzionale ha constatato che «la situazione che si prospetta al giudice *a quo* è quella, precedente all'ordinanza cautelare del T.a.r. Calabria 16 luglio 2003, nella quale il candidato è stato escluso, dopo la valutazione delle prove scritte, dall'ammissione alla prova orale»; sicché, «in presenza di tale situazione, il giudice remittente non è chiamato ad applicare la disposizione censurata, atteso che la caducazione dell'ordinanza del T.a.r. Calabria 16 luglio 2003, nonché degli atti ad essa conseguenti e dei loro effetti, ha cancellato i presupposti (la rivalutazione delle prove scritte effettuata dalla Commissione d'esame, la successiva ammissione del candidato alla prova orale e il superamento di questa) per l'applicazione della disposizione censurata».

2. — In presenza di una ben diversa situazione processuale — in cui vi è stata una sentenza di accoglimento del ricorso di primo grado, con la conseguente esecuzione che ha condotto all'iscrizione dell'appellato nell'albo degli

avvocati nel corso del secondo grado del giudizio, e prima ancora della trattazione della domanda incidentale delle amministrazioni — il Collegio ritiene di dover affermare la rilevanza di una questione di costituzionalità sostanzialmente corrispondente a quella che è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale.

Infatti, ove si faccia applicazione del citato art. 4, comma 2-*bis*, del d.l. n. 115/2005 (per l'avvenuto superamento delle prove d'esame, disposto in sede di esecuzione della sentenza gravata), andrebbe respinta la domanda cautelare formulata in via incidentale dalle amministrazioni, per carenza del requisito del *fumus boni iuris*, in quanto sarebbe altresì improcedibile *ex lege* lo stesso atto di appello.

Infatti, il ricorrente che abbia beneficiato dell'esito favorevole della ricorrenza si sottrarrebbe — proprio della norma di legge della cui legittimità costituzionale il Collegio dubita — a qualsiasi verifica, anche in sede di cognizione piena, della legittimità della sentenza di primo grado che abbia dato origine (altresì prescrivendone le modalità, che resterebbero parimenti escluse da ogni vaglio) alla ripetizione delle prove d'esame.

Sicché viene paradossalmente preclusa alle parti ogni possibilità di ottenere in grado di appello una pronuncia di merito (tale non essendo una sentenza di improcedibilità dell'appello proposto dalle amministrazioni soccombenti in primo grado) sulla legittimità, o meno, dell'ordine di ripetere la valutazione (e, dunque, di quella ripetuta); nonché, in ultima analisi, sulla stessa legittimità, o meno, degli atti amministrativi impugnati con il ricorso di primo grado.

Sul relativo giudizio cade, infatti, la mannaia di una cessata materia del contendere (o di una improcedibilità) imposta per legge, peraltro in presenza di circostanze del tutto estrinseche rispetto a quella piena verifica della legittimità degli atti impugnati che costituisce l'oggetto essenziale del giudizio amministrativo ed a cui le parti (ossia ciascuna di esse) hanno parimenti diritto secondo i principi costituzionali (di cui appresso) di pieno e libero accesso alla tutela giurisdizionale (e al relativo esito), di parità di posizione formale e sostanziale, di eguale trattamento dei casi uguali e di trattamento ragionevolmente differenziato di quelli diversi, espressi dagli artt. 3, 24, 25, 101, 104, 111, 113 e 125 della Costituzione.

Nel successivo sottoparagrafo, si ripropone tutto quello che era già stato esposto da questo Consiglio nella cit. ord. n. 479/2006; si ritiene che in ciò si possa ravvisare tuttora una molteplicità di argomenti a sostegno dell'eccezione di legittimità costituzionale sollevata con la presente ordinanza, concorrenti con quelle ulteriori di cui si dirà oltre.

2.1. — «La cessazione della materia del contendere può essere dichiarata solo quando l'amministrazione annulli o riformi, in senso conforme all'interesse del ricorrente, il provvedimento da questi impugnato (C.d.S., sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6225 e 19 ottobre 2004, n. 6747), mentre l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse può derivare, o da un mutamento della situazione di fatto o di diritto presente al momento della presentazione del ricorso, che faccia venire meno l'effetto logico del provvedimento impugnato, ovvero dall'adozione, da parte dell'Amministrazione, di un provvedimento, che, idoneo a ridefinire l'assetto degli interessi in gioco, pur senza avere alcun effetto satisfattivo nei confronti del ricorrente, sia tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza (C.d.S., sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4397)».

«Il giudice amministrativo ha sospeso in sede cautelare gli effetti del provvedimento e conseguentemente la Commissione si è adeguata al contenuto dell'ordinanza cautelare, procedendo alla rivalutazione».

«L'atto consequenziale, con cui l'amministrazione ha dato esecuzione all'ordinanza di sospensione degli effetti del provvedimento, non comporta la revoca del precedente provvedimento sospeso ed accerti se il provvedimento sospeso sia o meno legittimo».

«Non pare quindi possa configurarsi l'improcedibilità del ricorso o la cessazione della materia del contendere».

«Gli atti adottati dalla Commissione per sostituire il provvedimento, non esprimono acquiescenza alla decisione del Ta.r. Reggio Calabria, avendo, il Ministero della giustizia, proposto gravame innanzi il Consiglio di Stato».

«L'efficacia di tali atti dovrebbe, quindi, venire meno nel caso di eventuale riforma della decisione di primo grado all'esito del giudizio di merito».

«La giurisprudenza ritiene che non importa acquiescenza l'aver dato esecuzione, anche spontanea, ad una sentenza esecutiva (C.C. 20 agosto 2004, n. 16460; C.d.S., sez. VI, 24 settembre 2004, n. 6249)».

«Atteso l'obbligo di conformarsi, l'esecuzione di una ordinanza cautelare di tipo propulsivo non costituisce attività di autotutela (annullamento o ritiro del provvedimento impugnato) e non può comportare il venir meno della *res litigiosa* (C.d.S., sez. IV, ord. 21 novembre 2003, nn. 7630 e 7634; C.d.S., 6 maggio 2004, n. 2797)».

«La rinnovata valutazione di una prova d'esame a seguito di ordinanza cautelare non può produrre altro effetto che quello provvisorio di impedire il protrarsi della lesione lamentata e che ogni ulteriore effetto a carattere definitivo cui aspira il ricorrente non può che conseguire dalla pronuncia definitiva di merito, passata in giudicato, che elimini del tutto dal mondo giuridico il provvedimento impugnato».

«Trattasi di provvedimento destinato a venire meno in virtù del c.d. effetto espansivo esterno della riforma della sentenza, di cui al secondo comma dell'art. 336 c.p.c., espressione di un principio di carattere generale anche del processo amministrativo (Corte cost. 22 aprile 1991, n. 175)».

«Nel caso in esame, non può sussistere dubbio alcuno, a parere, del Collegio, sulla esatta qualificazione degli atti sopravvenuti come determinazioni meramente esecutive del provvedimento cautelare del giudice di primo grado, che non rivestono autonoma valenza sostanziale e non appaiono denotati da caratteri tali da poter condurre a considerare le rinnovate valutazioni dell'amministrazione come un *quid pluris* rispetto alla doverosa esecuzione in sede cautelare del provvedimento medesimo anche esso cautelare».

«Ai fini in esame è ininfluente la circostanza che, a seguito dell'esito positivo della rinnovata valutazione, l'appellato sia poi stato ammesso alle prove orali e che, superatele, abbia poi conseguito l'idoneità».

«Invero che la misura cautelare, non configura comunque mai una radicale consumazione del potere amministrativo».

«È vero che a seguito della pronuncia cautelare possono essere posti in essere dalla p.a. anche ulteriori atti che hanno come presupposto logico e giuridico il nuovo provvedimento adottato in esecuzione dell'ordinanza cautelare adottata in primo grado (C.d.S. a.p. n. 3/2003), che contemporaneamente, tiene luogo della valutazione positiva mancata e incide anche sulla efficacia dell'atto impugnato di produrre effetti giuridici (C.C., s.u., 24 giugno 2004, n. 11750), ma è altresì vero che l'effetto caducante dell'eventuale decisione di riforma in appello si estende comunque a tutti gli ulteriori atti adottati dall'amministrazione a seguito della sostituzione del provvedimento annullato in primo grado».

«Occorre inoltre considerare che nella specie l'amministrazione non ha rinunciato al ricorso ed ha proposto appello perché ha ritenuto di dovere tutelare la *par condicio* degli esaminandi che nella sua valutazione sarebbe stata illegittimamente violata se alcuni candidati venissero sottoposti a diverso trattamento, venissero sottratti alla propria commissione naturale, ed ottenessero una dilazione di tempi».

«La richiesta improcedibilità per cessazione della materia del contendere o per sopravvenuta carenza di interesse pertanto non può essere accolta, di fronte alla chiara volontà dell'amministrazione di pervenire alla decisione nel merito».

«In definitiva, va escluso che in primo grado potesse ritenersi sopravvenuta la cessazione della materia del contendere tra le parti, o che in questo grado di giudizio possa ritenersi sussistente una qualche carenza di interesse del Ministero appellante alla decisione dell'appello. Va perciò accolto il motivo di appello, rivolto avverso la statuizione di cessazione della materia del contendere recata dalla sentenza impugnata e respinte le eccezioni di improcedibilità o inammissibilità dell'appello per carenza di interesse».

«L'appellato ... contesta le ragioni poste a base dell'avversario appello e eccepisce, in particolare, la improcedibilità dello stesso, per il sopravvenire del d.l. 30 giugno 2005, n. 115, convertito, con modificazioni, in legge 17 agosto 2005, n. 168 (Disposizioni urgenti per assicurare la funzionalità di settori della pubblica amministrazione), che all'articolo 4 (Elezioni degli organi degli ordini professionali e disposizioni in materia di abilitazione e di titolo professionale) così statuisce: ... "2-bis. Conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela"».

«Questo collegio ritiene di dover sollevare d'ufficio... questione di legittimità costituzionale del comma 2-bis dell'art. 4 del d.l. 30 giugno 2005, n. 115, convertito, con modificazioni, in legge 17 agosto 2005, n. 168, per la violazione degli artt. 3, 24, 25, 101, secondo comma, 104, primo comma, 111, secondo comma e 113».

... «La norma introduce ... una sostanziale equiparazione tra giudizio di merito e giudizio cautelare, principio peraltro assolutamente estraneo al giudizio amministrativo, come a quello civile e penale. Peraltro di fronte alla lettera della norma, non sarebbe possibile ricercare altra possibile diversa soluzione conforme a Costituzione. Non sembra cioè possibile fare ricorso ai poteri interpretativi che la legge riconosce, specie in un contesto in cui, oltre alla *ratio legis* di consolidare comunque l'esito delle prove, si appalesa univoca alla lettura la frase "provvedimenti giurisdizionali". Infine, data la novità della norma, neppure si possono ipotizzare problemi di scelta fra contrastanti indirizzi giurisprudenziali allo stato inesistenti».

«Va quindi sollevata la questione di legittimità costituzionale sotto i seguenti profili: 1. Violazione dell'art. 3 Cost. (principio di eguaglianza)».

«Con la legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, è stato inserito nell'art. 111 della Costituzione, il principio del giusto processo, stabilendo che "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata"».

«La norma tutela i diritti della persona umana e definisce il giudice come un organo del processo, inteso come strumento di giustizia. Infatti, le parti hanno il diritto di agire e di difendersi in ogni stato e grado del giudizio, il giudice

deve essere terzo e imparziale e deve giudicare nel contraddittorio delle parti che non è, come si era pensato, una componente del diritto (delle parti) alla difesa, ma un limite al potere del giudice, più precisamente, uno «strumento operativo del giudice». La garanzia è data dal processo, che deve essere «giusto» e deve comprendere le impugnazioni».

«Viene quindi in rilievo il pari interesse della parte ad ottenerne il controllo di effettiva rispondenza allo schema legale di riferimento, ad evitare che, ove il provvedimento sia in concreto adottato in difformità da detto schema, si abbia una ingiustificata, e non altrimenti rimediabile, violazione dell'iter processuale: la misura: cautelare, strumentale ad un'azione di merito avente un mero contenuto nella norma, se avulsa dal giudizio stesso di merito, comporta la violazione del principio di eguaglianza e del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.)».

«La Corte costituzionale ha affermato che è manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., della inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione, a norma dell'art. 111 Cost., avverso l'ordinanza cautelare, poiché essa riconosce la misura invocata e attribuisce a tale ordinanza i connotati di provvisorietà e non decisorietà propri del provvedimento cautelare, destinato a perdere efficacia a seguito della decisione di merito ed idoneo a produrre effetti di diritto sostanziale e processuale con autorità di giudicato, proprio per assicurare una maggiore garanzia a tutela degli interessi delle parti (Corte costituzionale, 4 luglio 2002, n. 312; 6 dicembre 2002, n. 525)».

«La norma sospettata di illegittimità, sicuramente viola tali parametri, né è stato previsto, con la disciplina introdotta, alcuno strumento di controllo».

«Rientrerebbe nel potere discrezionale del legislatore valutare il livello di tutela da attribuire avverso i provvedimenti che non abbiano la forma di sentenza o che dal loro contenuto non possano ad essa essere assimilati per gli effetti di cui all'art. 111 Cost.».

«Né la questione prospettata pone problemi di interpretazione del sistema normativo, la cui soluzione spetti alla giurisprudenza comune, inerendo invero ai principi di inviolabilità del diritto costituzionale alla tutela giudiziaria e di parità spettanti alle parti processuali, che sono riconducibili agli artt. 3, 24, 113 Cost., in relazione agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

«Al fine di conciliare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, non può escludersi, quando gli interessi in gioco lo richiedano, una forma limitata di controllo diffuso che consenta la concessione del provvedimento di sospensione dell'atto impugnato, rinviando alla fase di merito, al quale il provvedimento cautelare è strumentalmente collegato, il controllo della Corte costituzionale con effetti *erga omnes* (Corte costituzionale, 10 maggio 2002, n. 179)».

«Infatti, seppur non sussiste alcun vincolo per il legislatore a regolare il rapporto con il giudizio di merito e, in particolare, a limitarne la libertà di variamente articolare il rapporto di strumentalità dei provvedimenti interinali rispetto alla decisione nel merito, non può essere eliminata del tutto».

«Né il diverso criterio direttivo della rapidità del procedimento cautelare, giustifica l'omogeneità necessaria a rendere comparabili le rispettive discipline ai fini dello scrutinio di legittimità costituzionale in relazione al principio di eguaglianza».

«La misura cautelare è provvedimento esecutivo, ma non acquista quella particolare stabilità che deriva dal giudicato e, quindi, non configura una radicale consumazione del potere amministrativo: la teorizzazione di una consumazione del potere amministrativo come conseguenza dell'ordinanza sarebbe logicamente contraddittoria con la riconosciuta e reciproca influenza tra procedimento e processo, in quanto farebbe venir meno in radice la stessa possibilità di orientare, con l'ordinanza cautelare, una futura azione amministrativa che non sia interamente predeterminata nei contenuti».

«Il dovere di tutelare la *par condicio* degli esaminandi, verrebbe meno se alcuni candidati usufruissero di diverso trattamento, venissero sottratti alla propria commissione naturale, ed ottenessero una dilazione di tempi, attraverso la teorizzazione degli effetti irreversibili dell'ordinanza cautelare, violando così il diritto di eguaglianza».

«2. — Violazione degli artt. 24 e 111 Cost. (principio dell'integrità e tutela del contraddittorio)».

«Deve essere assicurato il diritto di esercitare il contraddittorio, in modo da contemperare l'esigenza di celerità con la garanzia dell'effettività del contraddittorio, che può essere assicurato solo attraverso lo schema del processo complessivamente considerato, e ciò sia nei confronti delle parti presenti in giudizio, sia di eventuali terzi controinteressati».

«Può anche configurarsi la dedotta violazione dell'art. 24 Cost., così come dell'art. 111 Cost., in quanto l'applicazione senza eccezioni della norma, può causare lesione all'evocato principio della parità delle parti, ne costituisce coerente attuazione, proprio al fine di impedire che il terzo possa trarre vantaggio dalla scelta di intervenire tardivamente, e dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevolezza della norma impugnata rispetto ai rimedi approntati dagli artt. 274, 344 e 404 c.p.c., giacché siffatti rimedi non si sostituiscono ma si aggiungono alla facoltà del terzo di tutelare il diritto in via ordinaria e la radicale eterogeneità di presupposti e di effetti di essi (strutturalmente diversi tra loro e rispetto all'intervento volontario) rende irragionevole la disciplina».

«Nel caso di procedure a numero chiuso, dato che viene trascurata la posizione di quei concorrenti che, in quanto posposti al ricorrente stesso, non trovano posto nel novero dei vincitori pur essendo risultati abili, altrettanto chiare non sono le conseguenze processuali di questo “conseguimento ad ogni effetto” del titolo o dell’abilitazione del candidato che abbia ottenuto, per effetto della sospensiva, l’ammissione con riserva alle prove concorsuali successive».

«La Corte ha stabilito che il processo civile, informato all’operatività del principio dispositivo, si svolge su un piano di parità delle parti secondo il principio del contraddittorio e che il convincimento del giudice subisce di regola la mediazione dell’impulso delle parti (Corte costituzionale nn. 326/1997, 51/1998, e ordinanza n. 356 del 1997)».

«Tali principi, ripetutamente affermati in numerose pronunce, riguardano anche quello amministrativo (ordinanze nn. 126/1998, 304/1998, 168/2000, 220/2000, 167/2001) e si ritiene che vadano confermati anche nel caso in esame, perché la norma non solo li viola apertamente, non essendovi identità tra provvedimento cautelare e processo, ma viene mancare del tutto la cognizione piena del processo di merito e l’eventuale possibilità di un’impugnazione, dal momento che il giudice del cautelare giudica in un processo non a cognizione piena».

«Va ricordato che la Corte costituzionale, con sentenza n. 427 del 1999 ha ritenuto infondata la q.l.c. dell’art. 19, commi 2 e 3, d.l. 25 marzo 1997, n. 67, conv. nella legge 23 maggio 1997, n. 135, nella parte in cui dispone che il giudice amministrativo, può decidere immediatamente la controversia, ancorché sia stato chiamato a pronunciarsi su domanda cautelare. In effetti l’art. 19 è preordinato ad accelerare lo svolgimento dei processi amministrativi, in vista soprattutto dell’obbiettivo di ridurre la durata a volte eccessiva dei provvedimenti cautelari mentre il processo poteva essere tempestivamente definito.

Il giudice è tenuto a verificare l’esistenza delle condizioni indefettibili per l’emanazione di una sentenza o decisione che definiscano il giudizio; tali condizioni sono l’integrità del contraddittorio, la completezza delle prove necessarie, gli adempimenti processuali per la tutela del diritto di difesa di tutte le parti. La definizione della lite importa il superamento della domanda cautelare e postula un’effettiva completa tutela giurisdizionale, solo rispettando le superiori condizioni indefettibili che rispondono a fondamentali esigenze di rilievo costituzionale».

«Ma la norma in sospetto di illegittimità, pare introdurre un nuovo modello procedimentale di processo che porta ad una decisione con efficacia di giudicato non come esito di un giudizio a cognizione piena, nascente come variante di un procedimento cautelare e alla quale il legislatore ha avuto cura di imporre il rispetto delle condizioni indefettibili del processo».

«Il potere di operare la conversione del rito è esercitabile *ex officio*, anche in caso di mancata prestazione dell’assenso o addirittura di manifestazione del dissenso delle parti, ovvero ove la definizione del giudizio sopravvenga prima dei termini previsti per la costituzione in giudizio e per la produzione dei documenti da parte della amministrazione, ma in presenza dei presupposti: 1) della fissazione della camera di consiglio per la decisione della domanda cautelare entro il termine non abbreviato; 2) della integrità del contraddittorio; 3) della completezza dell’istruttoria; della audizione delle parti costituite (C.d.S., sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4487; sez. VI, 26 giugno 2001, n. 3463). Nulla di tutto ciò si verifica nel caso in specie, venendo attribuita valenza di “giudicato” ad un provvedimento, nella specie anche travolto dall’appello cautelare, che resta quindi privato della sua natura collocazione in un giudizio finale a cognizione piena. Sebbene la sentenza n. 427 del 1999 non abbia riscontrato dubbi di costituzionalità una volta rispettati i parametri di integrità del contraddittorio, completezza dell’istruttoria e tutti gli adempimenti a carico delle parti non pare invece che identica affermazione possa essere fatta in riferimento alla norma in esame e pare invece possano sussistere dubbi in ordine alla conformità di essa ai principi costituzionali di agli artt. 24 e 111 Cost., non essendo stato rispettato né l’inserimento in procedimento comunque a cognizione finale piena né assicurato il rispetto dei parametri indicati dalla Corte».

«La tutela ha il carattere della provvisorietà dei provvedimenti cautelari anzi la stessa essenza caratterizza l’efficacia sino al provvedimento definitivo (merito), assicurando un assestamento provvisorio della lite, esauendo i loro effetti con la emanazione della sentenza di merito».

«Ne deriva che necessariamente, attesa la strumentalità, il *thema decidendum* del processo cautelare si distingue dal processo di merito».

«Il ricorrente individua il contenuto del provvedimento potendo anche mancare la collaborazione di tutti i soggetti e attività degli stessi nella costruzione del processo inteso come rapporto e la valutazione del giudice può essere solo strumentale ai fini del cautelare altrimenti si attuerebbe una duplicazione di giudizio con l’anticipazione della fase del merito».

«Ed infatti i presupposti tipici della tutela cautelare sono il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*. Il giudice accerta la probabilità dell’esistenza del diritto mentre la esistenza viene demandata al merito».

«Il *periculum in mora* consiste nella probabilità del danno per la durata del giudizio di merito, e secondo la nuova norma, venuto meno il giudizio di merito verrebbe meno il presupposto. Probabilmente viene meno anche il processo, venuto meno il doppio binario, non può affermarsi un giustizialismo di tempestività, giustificato da un percorso proce-

dimentale che attribuisce effetti interinali-definitivi collegati agli atti del procedimento ma scollegati dal giudicato che sicuramente non è sussumibile nel principio costituzionale di giusto processo (art. 111 Cost.). Una giustizia senza giusto processo non porta ad una decisione giusta».

«La pronuncia estintiva del giudizio richiede comunque un'iniziativa di parte; ed in mancanza, non essendo configurabili poteri di ufficio in ordine all'esistenza dei requisiti richiesti dalla norma».

«3. — Violazione dell'art. 25 Cost. (Principio della precostituzione del giudice naturale)».

«Pare anche attinente il parametro in riferimento all'art. 25 Cost., venendo in rilievo, la questione relativa alla precostituzione del giudice».

«Infatti il "giudice naturale precostituito per legge" è quello competente in base agli ordinari criteri dettati dal codice di rito, tra i quali vi è il foro stabilito per accordo delle parti ai sensi dell'art. 28 c.p.c., accordo che può realizzarsi anche successivamente all'instaurazione della lite, mediante un comportamento concludente, quale la mancata, intempestiva o incompleta proposizione dell'eccezione di incompetenza».

«Non può allora ritenersi costituzionalmente conforme al precetto dell'art. 25 Cost. la norma dell'art. 38 c.p.c., come vive nell'interpretazione consolidata della Corte di cassazione, in quanto rende sufficiente l'accordo di soltanto due delle parti in causa a radicare la competenza dinanzi a un giudice che non sarebbe competente in base agli ordinari criteri. Se l'art. 28 c.p.c. individua come "giudice precostituito per legge" anche quello adito su accordo delle parti l'unico accordo, preventivo o successivo, non in contrasto con l'art. 25 Cost. è quello tra tutte le parti in causa».

«Se una sola delle parti, o un terzo controinteressato subisce un processo dinanzi a un giudice diverso da quello individuato dalla legge, viene distolta dal "giudice naturale" e viene irragionevolmente limitata nel proprio diritto di difesa, in quanto non le è consentito di esplicitare attività difensiva volta ad ottenere che il processo sia trattato dal giudice competente in base agli ordinari criteri si ha una irragionevolezza della compressione delle garanzie previste dagli artt. 24 e 25 Cost.».

«Il precetto costituzionale implica che il giudice debba essere precostituito secondo criteri generali ed astratti stabiliti dalla legge, ma esclude che siffatti criteri possano essere formulati dal legislatore in relazione al contenuto della domanda che la parte, nella sua discrezionalità, decida di volta in volta di azionare».

«Il principio di precostituzione per legge del giudice naturale, di cui all'art. 25, primo comma Cost., non consente che la scelta del giudice resti rimessa ad una parte; in tema di riparto di giurisdizione il principio del giudice naturale, è rispettato quando, la regola di competenza sia prefissata rispetto all'insorgere della controversia».

«Nel caso di regolamento di competenza, il tribunale amministrativo, ove ritenga manifestamente fondata l'eccezione di incompetenza, non può accogliere l'istanza cautelare presentata dal ricorrente, essendo privo di *potestas decidendi*, essendo la causa trasmigrata davanti al giudice che fin dall'origine era competente in ordine alla controversia sia per la tutela cautelare, sia per quella di merito, competenze che — in linea di principio — devono ritenersi intimamente connesse, scindibili solo al fine di assicurare una tutela interinale immediata e provvisoria, idonea a salvaguardare gli effetti della futura pronuncia, cautelare o di merito, a seconda dei casi (Corte cost., 2 marzo 2005, n. 82)».

«4. — Violazione degli artt. 24, 111 e 113 Cost., in riferimento all'impugnabilità e al riesame».

«La norma non affronta neppure il delicato problema dell'impugnabilità o del riesame del provvedimento giurisdizionale che sembrerebbe essere inimpugnabile una volta prodotti gli effetti del superamento delle prove».

«Si avrebbe una ordinanza sospensiva in un giudizio ancora in vita che non è idonea a costituire il giudicato, ma produce effetti definitivi e quindi non è impugnabile».

«Si avrebbe una situazione di immutabilità definitiva non accompagnata dal giudicato perché non effetto di sentenza e quindi insuscettibile di giudizio di ottemperanza».

«Ed infatti, il giudizio di ottemperanza concerne sentenze passate in giudicato, al fine di evitare che l'amministrazione possa arbitrariamente sottrarsi alle pronunce giurisdizionali (Corte costituzionale, 25 marzo 2005, n. 122)».

«Viene a mancare alle parti la possibilità del riesame, cioè la loro impugnabilità, che sicuramente lascia il dubbio della correttezza costituzionale, essendo venuto meno il giudizio di merito che garantiva l'impugnabilità garantito dall'art. 111 Cost. dal momento che l'efficacia era condizionata alla instaurazione della causa di merito, essa non è fonte di una statuizione definitiva e decisoria e, dunque, non è soggetta al ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.».

«Né può ritenersi che il legislatore, nella sua discrezionalità, possa prevedere l'impugnabilità, ovvero escluderla, senza che tale scelta, oltre che irragionevole, possa comportare lesione dell'art. 24 Cost., dal momento che da essa discende, ove non fosse consentita l'impugnabilità, un potenzialmente grave ostacolo all'esercizio del diritto di azione garantito dal medesimo art. 24 Cost. (e in causa di irragionevole durata del processo: art. 111, secondo comma Cost.)».

«Nell'ipotesi che la rivalutazione delle prove (riesame elaborati interrogazione e formalità conclusive) si concluda entro breve tempo, è chiaro che non vi è spazio per un appello avverso l'ordinanza cautelare».

«Ma, questa ipotesi contraddice il principio dell'appellabilità dei provvedimenti cautelari e introduce sicuramente una disparità di trattamento rispetto all'ipotesi in cui l'appello cautelare abbia bloccato in tempo la rivalutazione delle prove, non escludibile in via di principio».

«Diversamente opinando, si dovrebbe ritenere che l'appello stesso proposto dinanzi al Consiglio di Stato, debba essere rigettato, al fine di mantenere in vita il provvedimento di primo grado, verificandosi l'effetto estintivo, come per il giudizio di primo grado».

«Nel caso che non si concluda la procedura di rivalutazione, resterebbe da determinare il contenuto il giudizio di appello cautelare».

«Sembrirebbe scontato, secondo i principi generali che il giudice di appello, debba accogliere tempestivamente l'appello e l'ordinanza cautelare impugnata ne risulterebbe caducata, con conseguente blocco delle operazioni concorsuali che fossero state nel frattempo avviate in forza dell'ordinanza stessa».

«La non garanzia del doppio grado di giurisdizione (111 e 113 Cost.), si porrebbe comunque in contrasto con i principi comunitari, che prevedono un doppio grado di giurisdizione, mirante a migliorare la tutela giurisdizionale dei singoli e a preservare la qualità e l'efficacia della tutela giurisdizionale nell'ordinamento giuridico comunitario (Corte giustizia CE, 17 dicembre 1998, n. 185)».

3. — Tornando a trattare più specificamente del caso odierno — che differisce da quello testé richiamato (oltre che per il già ricordato difetto di rilevanza, accertato dall'ord. di Corte cost. n. 312/2006) essenzialmente perché in quello già devoluto alla Corte la ripetizione delle prove d'esame era stata disposta con ordinanza cautelare; mentre in quello odierno è stata ordinata con sentenza di merito, resa in forma semplificata alla camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare, ex art. 26, legge n. 1034/1971, cit. — va sciolta, a questo punto, la riserva che si era formulata in punto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale che si va a sollevare.

Non v'è molto da dire in proposito.

3.1. — Come è noto e si è già detto, il comma 2-bis dell'art. 4 del d.l. 30 giugno 2005, n. 115 (la cui rubrica, stante la norma che qui si censura, con ironia quasi beffarda afferma di recare «Disposizioni urgenti per assicurare la funzionalità di settori della pubblica amministrazione», introducendo invece una grave «disfunzionalità»), così dispone: «Conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela».

Poiché, nel caso concretamente qui in esame, la ricorrenza delle prove scritte, in cui il candidato ricorrente in primo grado non aveva conseguito la sufficienza, e il successivo superamento delle prove orali sono avvenuti — in doverosa esecuzione della sentenza di primo grado, che è provvisoriamente esecutiva ex art. 33, legge n. 1031/1971, cit. — la proposizione dell'appello (7 dicembre 2007), ma prima che il giudice di secondo grado potesse esaminare il gravame anche solo in fase cautelare, la vigenza del cit. comma 2-bis, comportando il definitivo conseguimento dell'abilitazione professionale da parte del ricorrente in prime cure, farebbe cessare ex lege ogni interesse dell'amministrazione appellante alla decisione del presente appello, che ora dovrebbe perciò essere dichiarato improcedibile.

Per completezza di esame, si osserva che, quasi analogamente, se il superamento delle prove fosse avvenuto — com'è occorso in altri casi — nelle more tra il deposito della sentenza di primo grado e la stessa presentazione dell'appello (in certe vicende si rileva un'accelerazione della ricorrenza che potrebbe apparire sorprendente, se non fosse semplicemente desolante), la ricordata definitivizzazione degli effetti imposta dal cit. comma 2-bis, facendo cessare l'interesse all'appello ancor prima della sua proposizione, avrebbe reso il gravame tout court inammissibile.

Ancora, se (come nelle ipotesi di cui ai precedenti paragrafi 2 e 2.1) il superamento delle prove fosse avvenuto in base a un'ordinanza cautelare di primo grado, analoghe statuizioni di improcedibilità o di inammissibilità andrebbero riferite all'appello cautelare; mentre, in modo ancor più sconcertante, sarebbe lo stesso ricorso di primo grado — ossia quello stesso atto processuale che, all'esito di una cognizione solo sommaria, era stato la causa del rinnovo della valutazione e delle prove — a divenire tout court improcedibile, restando definitivamente preclusa, in ogni sede, la formulazione del giudizio a cognizione piena (che, invece, dovrebbe costituire il nucleo essenziale e irrinunciabile della tutela giurisdizionale, cui tutte le parti e dunque anche ciascuna di esse hanno un diritto pieno, non sopprimibile dalla legge ordinaria).

3.2. — Ebbene, in tutti questi casi (che, complessivamente, consentono di ribadire l'irragionevolezza della ratio posta a base del comma 2-bis), la declaratoria di incostituzionalità del cit. comma 2-bis, manterrebbe sempre procedibile e ammissibile l'appello, tanto di merito quanto cautelare, nonché lo stesso ricorso di primo grado che non sia stato ancora deciso prima della ricorrenza.

Con più specifico riferimento al caso qui in esame, mentre l'appello in trattazione dovrebbe essere senz'altro dichiarato improcedibile, per quanto si è detto, nell'attuale vigenza del cit. comma 2-bis, viceversa l'auspicato accoglimento della questione di illegittimità costituzionale sollevata con la presente ordinanza manterrebbe intatta la proce-

dibilità del gravame in esame e consentirebbe al Collegio di pronunciarsi sulla fondatezza dei motivi di impugnazione che esso propone; renderebbe dunque possibile la somministrazione di una tutela giurisdizionale completa che, come si dirà meglio oltre, nel giudizio amministrativo non può mai esaurirsi nel solo giudizio davanti al giudice regionale, *ex art. 125 cost. (cfr., sul punto, Corte cost. 1º febbraio 1982, n. 8).*

In riferimento al caso di specie, dunque, non sembrano sussistere dubbi circa la rilevanza nel giudizio *a quo* della questione sollevata; infatti, solo in caso di suo accoglimento il Consiglio potrebbe esimersi dall'applicare la norma sospettata di incostituzionale improcedibilità dello stesso.

4. — Una volta verificata la rilevanza della questione proposta, è a dirsi della sua non manifesta infondatezza.

In primo luogo — poiché la norma può trovare applicazione sia per effetto di un'ordinanza cautelare (di primo o secondo grado) che di una sentenza di merito di primo grado (com'è nel caso di specie), e che la ripetizione delle prove con esito favorevole può intervenire sia prima che dopo la proposizione del gravame, ma in ambo i casi senza che il relativo giudice abbia la materiale possibilità di conoscere, in sede cautelare o di merito, di esso — si reiterano con la presente ordinanza tutte le censure che erano state proposte con l'ord. 28 luglio 2006, n. 479, di questo Consiglio, che la Corte costituzionale non poté tuttavia prendere in esame per la già ricordata ragione di rito.

Tali censure sono quelle esposte nel superiore paragrafo 2.1.

5. — La norma che qui si rimette (art. 4, comma 2-*bis*, cit.) risulta altresì in contrasto con l'art. 125, secondo comma, della Costituzione.

Proprio nell'odierna vicenda, il cit. comma 2-*bis* impedisce in radice lo svolgimento del giudizio di appello, imponendone in rito una declaratoria di improcedibilità quale conseguenza di un fatto che la parte appellante non avrebbe potuto impedire, se non che violando la legge (art. 33, legge n. 1034/1971, cit.) e verosimilmente commettendo altresì il reato di cui all'art. 328 c.p.

La disposizione sospettata di incostituzionalità renderebbe, dunque, definitiva e inappellabile una sentenza del t.a.r.

Siffatto effetto, a ben vedere, si verifica (almeno potenzialmente) in tutti i casi di accoglimento in prime cure di ricorsi avverso l'esito negativo degli esami e concorsi cui il cit. comma 2-*bis* si riferisce: infatti, tra il momento di deposito della sentenza di accoglimento (dalla quale deriva un obbligo di correzione immediata, integrando essa un atto che «per ragioni di giustizia ... deve essere compiuto senza ritardo» *ex art. 328 c.p.*) e quello di proposizione dell'appello (stanti gli incombeni pratici che questo presuppone), ovvero comunque quello in cui il gravame sia effettivamente preso in esame dal giudice (avuto riguardo ai tempi occorrenti per la notifica, per il deposito nonché, concretamente, per la fissazione e la trattazione dell'affare), trascorre di norma un tempo maggiore (come dimostrato anche dalla vicenda in esame) di quello occorrente per la ripetizione delle prove e la formulazione del relativo esito.

Sicché la norma in esame finisce quasi sempre (ma basterebbe che ciò accadesse talvolta, purché non eccezionalmente) con il rendere, nelle materie e negli ambiti cui essa si riferisce, definitiva e non sindacabile in appello la sentenza di accoglimento del t.a.r.

I tribunali amministrativi regionali vengono perciò a operare, in tali ambiti, come giudici di unico grado, proprio in conseguenza degli effetti della norma posta dal comma 2-*bis* in discorso.

Orbene, siffatta evenienza contrasta con il ricordato parametro costituito dall'art. 125, secondo comma, della Costituzione, che in effetti configura i tribunali amministrativi regionali quali «organi di giustizia amministrativa di primo grado».

In nessun caso — specifico orientamento dottrinale e giurisprudenziale — essi possono essere trasformati dal legislatore ordinario in giudici di unico grado.

In tal senso è nitida e chiara anche l'interpretazione offerta da Corte cost., 1º febbraio 1982, n. 8, che di seguito si ricorda.

«È invero, giurisprudenza costante di questa Corte che l'istituto del doppio grado di giurisdizione non ha rilevanza costituzionale (da ultimo sentenza n. 62/1981), ma nei casi che formano oggetto delle ordinanze di cui in epigrafe la giurisprudenza stessa non può essere applicata, in quanto si tratta di questioni attinenti alla giurisdizione amministrativa la quale trova nella stessa Carta costituzionale una disciplina differenziata».

«Infatti l'art. 125, secondo comma, esplicitamente stabilisce che i tribunali amministrativi da istituire (e poi istituiti con la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali") sono giudici di primo grado, soggetti pertanto al giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato».

«Il che trova spiegazione nei caratteri propri della giurisdizione amministrativa ordinaria, che verte particolarmente nella sfera del pubblico interesse e rende, quindi, opportuno il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado da parte del Consiglio di Stato, che trovasi al vertice del complesso degli organi costituenti la giurisdizione stessa».

«Non v'ha, quindi, dubbio che nel settore in parola il principio del doppio grado di giurisdizione abbia rilevanza costituzionale».

«Il problema da risolvere, pertanto, è quello di accertare se questo principio copra il solo processo di merito ovvero anche il processo incidentale cautelare, consistente nel decidere se sussistano gravi ragioni per sospendere la esecuzione dell'atto amministrativo impugnato dinanzi al t.a.r. in attesa della pronuncia sul merito del gravame che acclara definitivamente la legittimità o meno di tale atto».

«Ad avviso della Corte la risposta al quesito deve essere affermativa».

«La giurisprudenza di questa Corte medesima (sentenze numeri 284 del 1974 e 227 del 1975), infatti, ha posto in luce il carattere essenziale del procedimento cautelare e la intima compenetrazione sua con il processo di merito nell'ambito della giustizia amministrativa, nella quale maggiormente si avverte la necessità di un istituto, quale appunto il procedimento cautelare, che consenta di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale del giudice, permettendo che questo intervenga *re adhuc integra* e possa consentire in concreto la soddisfazione dell'interesse che risulti nel processo meritevole di tutela».

«È del resto noto che la pronuncia incidentale sulla domanda di sospensione della esecuzione dell'atto amministrativo impugnato, quale che ne sia il contenuto, è suscettibile di incidere in maniera decisiva sulle conseguenze delle pronunce di merito del giudice e, quindi, anche se indirettamente, sulla tutela sostanziale delle parti e sugli interessi che entrano nel processo amministrativo, in modo particolare sul pubblico interesse: la pronuncia incidentale, invero, come può pregiudicare (se negativa) l'interesse del privato ricorrente, così, in non pochi casi (se positiva), può pregiudicare la soddisfazione del pubblico interesse, anche se di altissimo rilievo, che l'atto amministrativo impugnato aveva ritenuto di realizzare in un determinato modo».

«Date queste premesse e considerando, quindi, la necessità che le opposte posizioni del privato e della p.a. trovino la più piena e completa valutazione da parte del giudice amministrativo, è da ritenere che il principio del doppio grado di giurisdizione, e quindi la possibilità di un riesame del provvedimento decisorio del giudice di primo grado da parte del Consiglio di Stato, trovi applicazione anche nei riguardi del processo cautelare».

«L'art. 125 Cost., d'altro canto, non contiene limitazione alcuna dalla quale possa dedursi che esso si riferisca esclusivamente alle pronunce di merito».

«È vero, poi, che l'art. 28 della legge n. 1034 del 1971, nel trattare dell'appello menziona esplicitamente solo le sentenze dei tt.aa.rr.: ma, a parte la considerazione che esso si porrebbe in contrasto con la citata norma costituzionale ove fosse da interpretare restrittivamente, sta di fatto che la giurisprudenza amministrativa ravvisa tale disposizione come relativa a tutti i provvedimenti di carattere decisorio del giudice di primo grado, fra i quali è indubbiamente compresa la ordinanza che pone termine al procedimento cautelare».

5.1. — Giova aggiungere che, per i fini che qui vengono in rilievo, la violazione dell'art. 125, secondo comma, della Costituzione sarebbe identicamente sussistita anche ove la Corte non avesse ritenuto riferibile la costituzionalizzazione del doppio grado del giudizio amministrativo anche al processo cautelare; qui si censura infatti il cit. comma 2-bis per contrasto con il richiamato parametro costituzionale in quanto impedisce al Consiglio di Stato di conoscere nel merito dell'appello avverso una sentenza del t.a.r., il che da luogo a una situazione di contrasto con l'art. 125 Cost. assai più grave ed eclatante di quella dichiarata con la cit. sentenza di Corte cost. n. 8 del 1982.

Si precisa infine, per mera completezza, che i pochi ed eccezionali casi in cui la legge configura (legittimamente) ipotesi di giurisdizione amministrativa di unico grado (cfr. art. 37, secondo e terzo comma della legge n. 1034 del 1971) sono quelli in cui l'unico grado di giudizio si svolge davanti al Consiglio di Stato; nel rispetto, dunque, delle prerogative attribuite a tale organo dall'art. 103 Cost. (che costituisce un ulteriore parametro che concorre a comprovare la fondatezza della prospettata censura di illegittimità costituzionale) e senza alcuna incidenza su tali vicende del cit. art. 125 Cost., che impone al legislatore ordinario di non configurare il giudizio davanti al t.a.r. come di unico grado, affinché esso non sia svincolato dal controllo del Consiglio di Stato (cfr. Corte cost., ord. 31 marzo 1988, n. 395).

6. — Il comma 2-bis si rimette altresì per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 103, 111 e 113 della Costituzione.

6.1. — In violazione dell'art. 3, primo comma, Cost., la norma che si rimette confligge in modo radicale con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha enucleato dal ricordato principio fondamentale della Costituzione.

Com'è noto, tali principi postulano che la legge tratti in modo uguale le situazioni eguali, nonché disciplini in modi adeguatamente e proporzionalmente differenziati le situazioni diverse.

Orbene, pur nell'ambito di quella ragionevole indeterminazione che necessariamente contraddistingue l'applicazione concreta di siffatti principi, sembrano in radice inammissibili gli effetti normativi che il cit. comma 2-bis implica, in esclusiva dipendenza dei tempi (più o meno rapidi) con cui l'amministrazione dia esecuzione alla sentenza (o ordinanza) del giudice amministrativo di primo grado, rispetto a quelli di proposizione e decisione dell'appello (questi ultimi, peraltro, del tutto sottratti alla disponibilità delle parti; nonché, al di là di certi limiti, perfino al giudice, perché dipendenti da situazioni oggettive e incoercibili). Secondo che l'esecuzione della sentenza di primo grado sia compiuta più o meno sollecitamente, la parte soccombente in prime cure potrà ottenere, o meno, la decisione di merito sull'appello.

Orbene, trattandosi all'evidenza di circostanze di fatto solo casualmente diverse, è del tutto irragionevole e sproporzionato il trattamento radicalmente opposto che — in termini di ammissibilità e procedibilità dell'appello — deriva dall'applicazione del cit. comma 2-*bis* a due situazioni sostanzialmente uguali, quali vanno considerate quelle in cui l'esecuzione della sentenza di primo grado si completi prima, ovvero dopo, rispetto al momento in cui il giudice di appello è posto in grado di provvedere (in sede cautelare o anche nel merito) sulla sentenza gravata.

Che non si tratti di situazioni proporzionalmente diverse, cui sia perciò applicabile un trattamento normativo — ai ricordati fini — adeguatamente differenziato è dimostrato, se non altro, dal fatto che la generale previsione di esecutività della sentenza di primo grado recata dal cit. art. 33, legge n. 1034/1971 postula, concettualmente e praticamente, la provvisorietà di ogni attività che venga posta in essere in forza di tale ultima norma, giacché essa altrimenti si risolverebbe in un banale grimaldello atto a scardinare la stessa impugnabilità delle sentenze e, con essa, l'intero diritto processuale.

Se è vero che Corte cost. 6 febbraio 2007, n. 26, ha chiarito — ma a diverso proposito — che «non contraddice, comunque, il principio di parità l'eventuale differente modulazione dell'appello ... purché essa avvenga nel rispetto del canone della ragionevolezza, con i corollari di adeguatezza e proporzionalità, che si sono a più riprese ricordati», e che «le eventuali menomazioni del potere di impugnazione ... debbano comunque rappresentare — ai fini del rispetto del principio di parità — soluzioni normative sorrette da una ragionevole giustificazione, nei termini di adeguatezza e proporzionalità dianzi lumeggiati», ciò che in effetti, nel caso di specie, difetta totalmente è proprio ogni considerazione della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità della previsione normativa che qui si rimette all'esame del Giudice delle leggi.

Non è dato cogliere, infatti, in che risieda la ragionevolezza di una norma che subordina tout court l'ammissibilità o la procedibilità di un gravame — volto a verificare, precisamente, la corrispondenza, o meno, a diritto del provvedimento giurisdizionale di primo grado in forza del quale è stata operata la ripetizione delle prove di un esame — alla maggiore o minore velocità con cui tale ripetizione venga portata a compimento, rispetto a quella con cui il giudice di appello riesca a provvedere sulle domande propostegli dalle parti in causa.

6.2. — In violazione dell'art. 24 Cost., la norma che si rimette lede, per la parte pubblica, il diritto di difesa in grado di appello nell'ambito del giudizio amministrativo.

Anche a voler ipoteticamente prescindere (ma non si vede come) dalla già riscontrata (con parole tratte da Corte cost. n. 8 del 1982, cit.) costituzionalizzazione del doppio grado di giudizio per le sentenze dei tt.aa.rr., la violazione dell'art. 24, secondo comma, cost. sussisterebbe egualmente per l'eclatante lesione che deriva dalla norma impugnata al diritto di difesa in grado di appello della sola parte pubblica.

Non è infatti ipotizzabile che, *secundum eventum litis*, una sola parte venga privata del diritto di appello; laddove l'altra parte, se non avesse ottenuto in prime cure l'utilità invocata, avrebbe senz'altro potuto reiterare le proprie tesi davanti al Consiglio di Stato.

Si è già visto che la necessità del «rispetto del principio di parità delle parti» è stata anche posta a base — sebbene in tutt'altro ambito rispetto a quello qui in esame — della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 20 febbraio 2006, n. 46, nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento, resa da Corte cost. n. 26/2007, cit.

6.3. — In violazione dell'art. 25 Cost. — anche in combinato disposto con gli artt. 103 e 125 Cost., che individuano nel Consiglio di Stato il necessario fulcro della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi e in particolari materie indicate dalla legge anche dei diritti soggettivi tra cittadini e pubblica amministrazione; la quale tutela non può svolgersi, per volontà di una sola delle parti in causa, esclusivamente davanti al t.a.r. — la norma che si rimette distoglie la parte pubblica dal suo giudice naturale precostituito per legge che, in questa materia, è in grado di appello il Consiglio di Stato.

6.4. — In violazione dell'art. 111 Cost. la norma che si rimette lede il principio di parità delle parti nell'ambito del giusto processo: alla stregua di quanto si è già detto, il comma 2-*bis* sottrae alla sola parte pubblica — al di fuori di ogni criterio di ragionevolezza — il diritto di sottoporre la statuizione (cautelare o di merito) del giudice di prime cure che l'abbia vista soccombente al giudice di appello; laddove, nel caso inverso, consente alla controparte privata la normale appellabilità di sentenze e ordinanze che non abbiano accolto le sue domande.

6.5. — Infine, in violazione dell'art. 113, secondo comma, Cost., la norma che si rimette lede il principio di non limitabilità della tutela giurisdizionale a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

Essa infatti preclude l'impugnazione (talora anche solo quella cautelare, e comunque sempre quella di merito, secondo quanto si è già detto) della parte pubblica in relazione alla circostanza, del tutto estrinseca e casuale, che sia stata più rapidamente eseguita la statuizione di primo grado (cautelare o anche di merito) rispetto ai tempi occorrenti per la pronuncia sull'appello; nonché limita, conseguentemente, solo alla categoria delle sentenze e ordinanze reiettive delle istanze formulate dalla parte ricorrente in primo grado la piena e incondizionata appellabilità delle statuizioni rese dal giudice di prime cure.

7. — In conclusione, il Collegio ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità di cui in dispositivo, che pertanto, con la presente ordinanza, viene sollevata e rimessa al vaglio del Giudice delle leggi.

Il giudizio è sospeso fino alla pronuncia di quest'ultimo.

P. Q. M.

*Visto l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, e l'art. 23, commi 3 e 4, della legge 11 marzo 1953, n. 87, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del comma 2-bis dell'art. 4 del d.l. 30 giugno 2005, n. 115, convertito, con modificazioni, in legge 17 agosto 2005, n. 168, per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 103, 111, secondo comma, 113 e 125, secondo comma della Costituzione, nei sensi di cui in motivazione.*

*Sospende ogni ulteriore pronuncia e dispone la immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.*

*Ordina che a cura della segreteria di questo Consiglio, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e che sia comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato.*

Così deciso in Palermo, il 2 aprile 2008.

*Il Presidente:* VIRGILIO

*L'estensore:* CORSARO

08C0793

N. 329

*Ordinanza del 17 luglio 2008 emessa dalla Corte di cassazione sul ricorso proposto da G.M.*

**Ordinamento penitenziario - Detenzione domiciliare - Allontanamento dal domicilio - Sanzione penale ai sensi dell'art. 385 cod. pen. - Mancata previsione della limitazione della punibilità alla sola ipotesi dell'allontanamento dal domicilio che si protragga più di dodici ore - Violazione del principio di ragionevolezza.**

- Legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 47-ter, commi primo e ottavo.
- Costituzione, art. 3.

## LA CORTE DI CASSAZIONE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul ricorso proposto da: 1) G. M. nato il 14 giugno 1960, avverso sentenza, del 14 giugno 2007 Corte appello, sez. dist. di Taranto.

Visti gli atti, la sentenza ed il ricorso udita in pubblica udienza la relazione fatta dal consigliere Cortese Arturo.

Udito il Procuratore generale in persona del dott. Giuseppe Febbraro che ha concluso per il rigetto del ricorso e dichiararsi inammissibile e sollevare questione di legittimità costituzionale.

## F A T T O

La ricorrente impugna la sentenza di cui in epigrafe, che ne ha confermato la penale responsabilità per il reato di evasione dagli arresti domiciliari di cui agli artt. 385 c.p. e 47-ter, commi 1 e 8, legge n. 354 del 1975.

Sul presupposto che essa si trovava in regime di detenzione domiciliare ordinaria in quanto madre di prole di età inferiore ai dieci anni seco convivente e violò l'orario di rientro nell'abitazione di soli 40 minuti, assume la irrilevanza penale del fatto, in forza dell'applicazione analogica *in bonam partem* del coordinato disposto degli artt. 47-*quinquies*, comma 1, e 47-*sexies*, comma 1, della legge n. 354 del 1975, sollevando, in subordine, questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., del coordinato disposto di cui ai commi 1 e 8 del cit. art. 47-*ter*, per ingiustificato deteriore trattamento, rispetto alla situazione, del tutto analoga, di cui al coordinato disposto degli artt. 47-*quinquies*, comma 1, e 47-*sexies*, comma 1, della legge n. 354 del 1975.

## D I R I T T O

Va Premesso che, a fronte dell'inequivoco tenore del comma 8 del cit. art. 47-ter, non c'è spazio (come già incidentalmente rilevato dalla sentenza della Corte cost. n. 173 del 1997) per il ricorso all'invocata applicazione analogica dell'art. 47-sexies, comma 1, della legge n. 354 del 1975.

Quanto alla sollevata questione di legittimità costituzionale, essa è sicuramente rilevante, in quanto dal suo accoglimento deriverebbe l'irrelevanza penale del fatto ascritto alla prevenuta.

In ordine al requisito della non manifesta infondatezza, va anzitutto sgombrato il campo dall'apparente precedente negativo costituito dalla sentenza di questa Corte n. 31995 del 2003. In essa, infatti, da un lato, venne in esame soprattutto il raffronto fra l'art. 47-ter e l'art. 51 della legge n. 354 del 1975 e, dall'altro, la fattispecie oggetto di esame non era quella della madre di prole di età inferiore ad anni dieci.

La questione sollevata è in realtà, ad avviso del Collegio, non manifestamente infondata.

Le previsioni di detenzione domiciliare di cui alla seconda parte della lettera a) del comma 1 dell'art. 47-ter legge n. 354 del 1975 e al comma 1 dell'art. 47-quinquies stessa legge riguardano, invero, entrambe la situazione della madre di prole di età inferiore ad anni dieci e tendono al comune fine di favorire un proficuo rapporto tra madre e figlio, al di fuori della restrizione carceraria.

Nel primo caso, si tratta della detenzione domiciliare c.d. «ordinaria», che si può applicare per l'espiazione di pena (anche residua) non superiore a quattro anni. Nel secondo caso la detenzione domiciliare è «speciale» e si può applicare per l'espiazione di pene superiori a quella di cui all'art. 47-ter, previa verifica dell'insussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti e dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena.

Come si vede, la situazione di cui all'art. 47-quinquies si delinea come soggettivamente più «critica» rispetto a quella di cui all'art. 47-ter e, quindi, non appare meritevole di un più benevolo trattamento sanzionatorio in relazione alle condotte «trasgressive».

Non sembra conseguentemente conforme al principio di ragionevolezza la previsione di cui al comma 1 dell'art. 47-sexies, che — contrariamente a quanto disposto dal comma 8 dell'art. 47-ter per la condannata in detenzione domiciliare ordinaria (che richiama l'art. 385 c.p. per qualsiasi ipotesi di allontanamento dal domicilio) — esclude per la condannata in detenzione domiciliare speciale la rilevanza penale dell'allontanamento dal domicilio che non si protragga più di dodici ore.

Né una ragione giustificativa di tale differenza può trovarsi nella previsione di cui al comma 3 dell'art. 47-quinquies, che, per la detenzione domiciliare speciale, demanda al tribunale di sorveglianza, oltre che di fissare, come per la detenzione domiciliare ordinaria, le modalità di attuazione, secondo quanto stabilito dall'articolo 284 del codice di procedura penale, anche di precisare il periodo di tempo che la persona può trascorrere all'esterno del proprio domicilio. Da un lato, infatti, tale previsione sembra solo voler fissare un limite generale invalicabile per le eventuali autorizzazioni di cui al comma 3 dell'art. 284 c.p.p., dall'altro, il disposto di cui al comma 1 dell'art. 47-sexies è del tutto sganciato da essa.

*P. Q. M.*

*Dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale del coordinato disposto dei commi 1 e 8 dell'art. 47-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non limita la punibilità ai sensi dell'art. 385 c.p. al solo allontanamento dal domicilio che si protragga più di dodici ore;*

*Sospende il giudizio, ordinando che, a cura della cancelleria, siano trasmessi gli atti alla Corte costituzionale;*

*Ordina alla cancelleria di notificare la presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e di darne comunicazione ai Presidenti delle due Camere del Parlamento e alle parti.*

Così deciso in Roma, il 4 luglio 2008.

*Il Presidente:* LATTANZI

*Il consigliere estensore:* CORTESE

N. 330

*Ordinanza dell'8 maggio 2008 emessa dal Tribunale di Sondrio  
nel procedimento civile promosso da Ghilardi Angelo contro Comune di Tirano*

**Procedimento civile - Impugnazioni - Appellabilità delle sentenze rese nei giudizi di opposizione ad ordinanza ingiunzione di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 689 del 1981 - Previsione introdotta dal decreto legislativo n. 40 del 2006 - Estraneità all'oggetto della delega conferita al Governo per apportare modifiche al codice di procedura civile e concernente la disciplina del processo di cassazione e dell'arbitrato - Eccesso di delega.**

- Decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, art. 26.
- Costituzione, art. 76 [in relazione all'art. 1, commi 2 e 3, della legge delega 14 maggio 2005, n. 80] e 77, primo comma.

**In subordine: Circolazione stradale - Violazione dei limiti di velocità - Accertamento dell'infrazione mediante strumenti elettronici - Disciplina dei mezzi tecnici atti all'accertamento e al rilevamento automatico delle violazioni alle norme di circolazione - Omessa previsione che le apparecchiature destinate all'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità siano sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità secondo il sistema di taratura previsto dalla legge 11 agosto 1991, n. 273 - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza - Incidenza sul diritto di difesa - Asserita lesione dei principi costituzionali in tema di giusto processo.**

- Codice della strada (d.lgs. 30.04.1992, n. 285), art. 45.
- Costituzione, artt. 3, 24 e 111.

## IL TRIBUNALE

Esaminati gli atti della causa di appello n. 1274/07 R.G. pendente innanzi a questo tribunale tra Ghilardi Angelo ed il Comune di Tirano (SO), trattenuta in decisione all'udienza del 20 febbraio 2008; ha emesso la seguente ordinanza.

Il presente giudizio di appello ha ad oggetto la sentenza n. 167 emessa dal giudice di pace di Tirano in data 29 giugno 2007 sulla causa promossa da Ghilardi Angelo — ex artt. 204-bis, d.lgs. 30 aprile 2002, n. 285 e 22 segg., legge 24 novembre 1981, n. 689 — in opposizione ad un verbale di accertamento della violazione dell'art. 142, comma 9, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, notificatogli nella sua qualità di proprietario dell'autovettura Citroen XSara tg. BK316KW e quindi responsabile in solido, per avere il conducente del predetto autoveicolo viaggiato alla velocità di km/h 115 ed avere così superato, nella misura di 65 km/h, il limite massimo di velocità di km/50.

Il giudice di primo grado respingeva la domanda del Ghilardi e compensava tra le parti le spese di lite.

Il Ghilardi proponeva appello innanzi a questo Tribunale con ricorso depositato il 6 settembre 2007 ed il g.i. dava i provvedimenti per l'instaurazione del contraddittorio.

È pregiudiziale a qualsivoglia altra disamina, in rito e nel merito, la verifica d'ufficio circa l'eventuale passaggio in giudicato dell'impugnata precluderebbe l'ulteriore cognizione della causa.

Va delibata l'insussistenza del predetto passaggio in giudicato della sentenza di primo grado giacché nella specie, pur avendo l'appellante erroneamente adito il giudice di appello con ricorso anziché con atto di citazione (giusta quanto già delibato in corso di causa con ordinanza 21 dicembre 2007), la notifica alla controparte del ricorso e del decreto di convocazione delle parti emesso dal g.i., avente valore equipollente alla notifica di un atto di citazione d'appello, è avvenuta il 1° ottobre 2007 e dunque in data di gran lunga antecedente allo spirare del termine lungo di cui all'art. 327, comma 1, c.p.c., non potendo nella specie trovare applicazione il termine breve ex artt. 325, comma 1 e 326, comma 1, c.p.c. in difetto di una rituale notifica della sentenza ex artt. 285 e 170, comma 1, c.p.c. (il Comune di Tirano ha notificato la sentenza al Ghilardi personalmente e non già al suo procuratore costituito in primo grado: *cfi*: documentazione presente nel fascicolo dell'appellante).

Il g.i. ritiene conseguentemente opportuno rimettere in una con il merito, ex artt. 359 e 187, comma 3, c.p.c., la decisione sulla predetta questione pregiudiziale, in quanto la stessa non appare idonea a definire il giudizio (*ut supra* modificata, *melius re perpensa*, la motivazione in proposito addotta nella cit. ordinanza del 21 dicembre 2007).

Ancora in via pregiudiziale occorre osservare che l'appellabilità delle sentenze del giudice di pace nei giudizi di opposizione *ex artt.* 22 segg. della legge 24 novembre 1981, n. 689, qual è quella oggetto della presente fase di gravame, è stata introdotta dall'art. 26 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

In proposito sono state sollevate di recente due questioni di legittimità costituzionale dal Tribunale di Genova (ordinanza 14 dicembre 2006, *Gazzetta Ufficiale* 1<sup>a</sup> serie speciale - Corte costituzionale n. 15 del 2 aprile 2008) e dal Tribunale di Reggio Emilia (ordinanza 17 maggio 2007, *ibidem* n. 18 del 23 aprile 2008).

Questo giudice condivide e fa proprie, sia in punto rilevanza che in punto non manifesta infondatezza, le valutazioni esposte in modo sostanzialmente conforme dai predetti giudici rimettenti e, al fine di evitare inutili rielaborazioni lessicali, trascrive qui di seguito, facendole proprie, le argomentazioni in proposito svolte dal Tribunale di Reggio Emilia: «Rilevato che la possibilità di proporre appello nei giudizi di opposizione ad ordinanza-ingiunzione è stata introdotta dall'art. 26 del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (applicabile — *ex art.* 27, comma 50 — «alle ordinanze pronunciate ed alle sentenze pubblicate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto»), il quale ha abrogato l'ultimo comma dell'art. 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (che statuiva: «La sentenza è inappellabile ma è ricorribile per cassazione»); Rilevato che l'emanazione del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80) è stata delegata dalla legge n. 80 del 14 maggio 2005 e, segnatamente, dall'art. 1 commi 2, 3 e 4; Ritenuto che l'abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689, non formi oggetto della delegazione, atteso che la stessa era stata conferita per apportare modificazioni al codice di procedura civile e per disciplinare il processo di cassazione (art. 1, comma 2 della legge 14 maggio 2005, n. 80); Ritenuto che la predetta abrogazione non rientri, nemmeno implicitamente, nei principi e nei criteri direttivi forniti al legislatore delegato, il quale — come recita l'art. 1, comma 3, lettera *a*) della legge 14 maggio 2005, n. 80 — era investito del potere di modificare esclusivamente il processo nel grado di legittimità e, al più, «la non ricorribilità immediata delle sentenze che decidono di questioni insorte senza definire il giudizio» (fattispecie estranea e non assimilabile all'inappellabilità delle pronunzie nei procedimenti di opposizione ad ordinanza-ingiunzione); Ritenuto che, per quanto esposto, la vigente disciplina introdotta a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 26 del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 — nella parte in cui è stata abrogata l'inappellabilità delle sentenze — appaia costituzionalmente illegittima per violazione del combinato disposto degli artt. 76 e 77 primo comma della Costituzione (cosiddetto «eccesso di delega»); Ritenuto che la questione di legittimità costituzionale non sia manifestamente infondata, che sia rilevante nel presente giudizio (dato che investe la *potestas iudicandi* del giudice adito e la stessa ammissibilità dell'appello proposto) e che debba essere, pertanto, sollevata *ex officio* e rimessa al vaglio della Corte costituzionale».

Dall'eventuale accoglimento della predetta questione di legittimità costituzionale conseguirebbe, lo si osserva in via deliberativa e fatto salvo il successivo contraddittorio *inter partes* sul punto, la definizione del presente giudizio a mezzo della declaratoria d'inammissibilità dell'appello proposto dal Ghilardi ed ovviamente per converso, in caso di reiezione della questione (per infondatezza od inammissibilità), andrebbe accertata l'ammissibilità dell'appello e dovrebbe procedersi ad esaminare i motivi di appello svolti dal Ghilardi.

Il g.i. ritiene allora opportuno, per economia processuale ed in ossequio al canone costituzionale dettato dall'art. 111, secondo comma, seconda parte, Cost. relativo alla «ragionevole durata» del processo, esaminare già nella presente sede la questione di legittimità costituzionale dell'art. 45, d.lgs. 30 aprile 1992 prospettata dall'appellante, a supporto del suo primo motivo di appello, in relazione «agli artt. 3, 24 e 111 Cost., visto l'art. 2 comma primo legge n. 273/1991, che prevede la “realizzazione dei campioni primari” sia per le “unità di misura di base”, sia per le unità di misura “derivate” del sistema internazionale delle unità di misura SI, tra cui la velocità, al fine di consentire la taratura, nella parte in cui non prevede che le apparecchiature destinate all'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità siano sottoposte a verifiche periodiche della funzionalità (taratura)».

L'art. 45 cit., intitolato «Uniformità della segnaletica, dei mezzi di regolazione e controllo ed omologazioni», al comma 6 dispone che «Nel regolamento sono precisati i segnali, le apparecchiature e gli altri mezzi tecnici di controllo e regolazione del traffico, nonché quelli atti all'accertamento e al rilevamento automatico delle violazioni alle norme di circolazione, ed i materiali che, per la loro fabbricazione e diffusione, sono soggetti all'approvazione od omologazione da parte del Ministero dei lavori pubblici, previo accertamento delle caratteristiche geometriche, fotometriche, funzionali, di idoneità e di quanto altro necessario. Nello stesso regolamento sono precisate altresì le modalità di omologazione e di approvazione».

Con il primo motivo di appello il Ghilardi chiede, in riforma della gravata sentenza, l'annullamento del verbale di accertamento oggetto di causa per difetto di prova sufficiente dell'assenta violazione del limite di velocità, argomentando all'uopo in ordine alla mancata taratura dell'apparecchiatura di controllo della velocità autovelox utilizzata nella specie dagli agenti accertatori, modello Velomatic 512, e quindi in ordine alla mancata sussistenza di un certificato di taratura del predetto autovelox.

Va delibata l'infondatezza di tale motivo di appello giacché, pacifico e non contestato che l'autovelox in questione fosse regolarmente omologato ai sensi di legge e che l'accertamento della violazione è avvenuto a mezzo di un autovelox utilizzato da operanti di Polizia locale (dei Comuni di Tirano e Villa di Tirano), il Ghilardi non allega, né prova o chiede di provare, un suo specifico malfunzionamento ma ne sostiene l'inattendibilità probatoria in ragione tout court della sua mancata taratura periodica ai sensi della legge 11 agosto 1991, n. 273 (pacifica in fatto *inter partes*) e della conseguente inaffidabilità in genere delle apparecchiature che ne siano prive, ma tale tesi si appalesa infondata alla luce del costante ed univoco orientamento della giurisprudenza di legittimità, che questo giudice condivide e fa proprio, secondo cui «in tema di sanzioni amministrative per violazione al c. strad. le apparecchiature elettroniche regolarmente omologate utilizzate per rilevare le violazioni dei limiti di velocità stabiliti, come previsto dall'art. 142 c. strad., non devono essere sottoposte ai controlli previsti dalla legge n. 273 del 1991, istitutiva del sistema nazionale di taratura. Tale sistema di controlli, infatti, attiene alla materia c.d. metrologica, diversa rispetto a quella della misurazione elettronica della velocità ed è di competenza di autorità amministrative diverse, rispetto a quelle pertinenti al caso di specie, onde non ricorrono i presupposti a che anche le dette apparecchiature vengano assoggettate ai controlli della legge stessa previsti» (così, da ultimo, Cass. 19 novembre 2007, n. 23978; *cf.* anche la giur. cit. dall'appellato: Cass. 27 luglio 2007, n. 16757 e Cass. 21 giugno 2007, n. 14566).

Ne consegue, ad avviso del g.i., la rilevanza della predetta questione di legittimità costituzionale giacché dal suo eventuale accoglimento deriverebbe l'accertamento della non conformità a legge dell'autovelox utilizzato nella specie ed il venire meno dell'efficacia probatoria nel presente giudizio delle sue risultanze, con le conseguenze *ex* art. 23, comma 12, legge n. 689/1981 da vagliare compiutamente, e dopo il dovuto contraddittorio delle parti su un tale eventuale *ius superveniens*, nella successiva fase della deliberazione della sentenza.

Il g.i. inoltre ritiene che la questione di legittimità costituzionale ora in esame non sia infondata in modo manifesto.

Quanto all'art. 3 Cost. siffatta valutazione viene operata innanzitutto in relazione alla violazione del canone di ragionevolezza per la disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente uguali, senza che sia possibile ravvisarne motivi ragionevoli, stante la vigenza della taratura istituita dalla legge 11 agosto 1991, n. 273, avente lo scopo di garantire il conseguimento di misure attendibili e con una metodologia verificabile anche a posteriori in quanto realizzate da un sistema tarato, *ex* art. 4, legge cit., sulla base di «campioni primari delle unità di misura di base, supplementari e derivate del sistema internazionale delle unità di misura SI» (art. 2, comma 1, legge cit.) nonché di «campioni nazionali delle unità di misura SI di base, supplementari e derivate ... con le relative incertezze...» (art. 3, comma 1, legge cit.), ed invece l'esclusione da tale sistema disposta dall'art. 45, cod. strad., come qui *ut supra* interpretato, per le apparecchiature automatiche destinate alla rilevazione della velocità dei veicoli marcianti su strada. Appare utile sottolineare che la materia disciplinata dagli artt. 2 e 3, legge n. 273/1991 è omogenea alla fattispecie oggetto del presente giudizio, giacché la velocità è ricompresa nel «sistema internazionale delle unità di misura SI ... come unità derivata», come ritenuto dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza 13 luglio 2007, n. 277.

L'art. 3 Cost. appare lesa anche per la violazione del canone di ragionevolezza determinata dall'irragionevolezza intrinseca della predetta esclusione, posto che la taratura periodica dei misuratori automatici di velocità ne consentirebbe (e già ne consente, nei numerosi comuni che la adottano spontaneamente) un elevato grado di precisione ed affidabilità, nonché di controllabilità a posteriori.

La questione di legittimità costituzionale in esame non appare infondata in modo manifesto anche quanto alla violazione degli artt. 24 e 111 Cost., in ragione della violazione del diritto di effettiva difesa e di parità delle parti processuali in ordine alle risultanze dell'autovelox, aventi allo stato natura di accertamento irripetibile e neppure in alcun modo verificabile a posteriori, oltreché scarsamente affidabile secondo i generali parametri di cui alla legge n. 273/1991, risultanze che pertanto a normativa vigente sono superabili soltanto a mezzo della prova, che costituisce spesso una vera e propria *probatio diabolica*, di circostanze estrinseche idonee a dimostrare la non veridicità delle risultanze stesse.

Il g.i. in definitiva ritiene che le due sopra esposte questioni di legittimità costituzionale, che appaiono rilevanti e non appaiono manifestamente infondate, vanno sottoposte alla valutazione e decisione della Corte costituzionale, conseguendone i provvedimenti di legge di cui in dispositivo.

*P. Q. M.*

A) Rimette in una con il merito la decisione sulla questione pregiudiziale deliberata d'ufficio in ordine all'inammissibilità dell'appello oggetto di causa per il passaggio in giudicato dell'impugnata sentenza;

B) Solleva questione di legittimità costituzionale, nei sensi di cui in motivazione dell'art. 26 d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 — in relazione al combinato disposto degli artt. 76 e 77 comma 1, Cost. e per eccesso di delega rispetto all'art. 1, commi 2 e 3 della legge delega 14 maggio 2005, n. 80 — nella parte in cui è stata ivi disposta l'abrogazione dell'art. 23, comma 13, della legge 24 novembre 1881, n. 689;

C) Per l'ipotesi di reiezione della questione di legittimità costituzionale di cui al capo che precede, solleva questione di legittimità costituzionale, nei sensi di cui in motivazione, dell'art. 45, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 — in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost. ed avuto come tertium comparationis la normativa dettata dalla legge 11 agosto 1991, n. 273 ed in particolare gli artt. 2, comma 1, 3, comma 1 e 4 — nella parte in cui il cit. art. 45 non prevede che le apparecchiature destinate al rilevamento automatico delle violazioni alle norme della circolazione stradale siano sottoposte a periodiche verifiche di funzionalità secondo il sistema di taratura di cui alla cit. legge n. 273/1991;

D) Sospende il presente giudizio fino all'esito del giudizio di legittimità costituzionale;

E) Ordina l'immediata trasmissione degli atti del presente giudizio alla Corte costituzionale;

F) Ordina che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri ed alle parti, e sia comunicata al Presidente del Senato ed al Presidente della Camera dei deputati.

Sondrio, addì 6 maggio 2008

*Il g.i.:* FANFARILLO

08C0795

ITALO ORMANNI, *direttore*

ALFONSO ANDRIANI, *redattore*

DELIA CHIARA, *vice redattore*

(GU-2008-GUR-044) Roma, 2008 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. - S.



\* 4 5 - 4 1 0 5 0 0 0 8 1 0 2 2 \*

€ 5,00