

1^a SERIE SPECIALE

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

Anno 150° — Numero 41

GAZZETTA  **UFFICIALE**
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

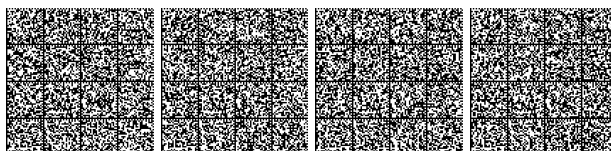
PARTE PRIMA

Roma - Mercoledì, 14 ottobre 2009

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. 247. Ordinanza del Tribunale di Roma del 24 febbraio 2009.

Impiego pubblico - Incarichi dirigenziali non di vertice conferiti a personale non dipendente da pubbliche amministrazioni (anche in regimi «privatizzati») - Cessazione ove non confermati entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del d.l. n. 262/2006 (c.d. «spoil system») - Violazione del principio di uguaglianza sotto il profilo dell'eguale disciplina di categorie non omogenee (dirigenti di vertice e dirigenti non di vertice) - Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e di servizio esclusivo alla Nazione dei pubblici impiegati.

- Decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, art. 2, comma 161, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2006, n. 286.
- Costituzione, artt. 3, 97 e 98.

Pag. 5

N. 248. Ordinanza della Corte d'appello di Trento del 29 luglio 2009.

Matrimonio - Richiesta di pubblicazione di matrimonio resa da nubendi dello stesso sesso - Rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile in virtù della ritenuta estraneità all'ordinamento giuridico italiano dell'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso - Reclamo avverso il decreto del tribunale che ha giudicato legittimo il rifiuto di procedere alla pubblicazione - Mancato riconoscimento alle persone di orientamento omosessuale della libertà di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso - Violazione del divieto costituzionale di discriminazioni derivanti dal sesso o dalle condizioni personali (quali l'orientamento sessuale) - Ingiustificata compromissione dell'inviolabile e fondamentale diritto dell'uomo di contrarre matrimonio, garantito, altresì, dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Denunciato contrasto del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso con la tutela costituzionalmente garantita alla famiglia, quale società naturale fondata sul matrimonio.

- Codice civile, artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis.
- Costituzione, artt. 2, 3 e 29.

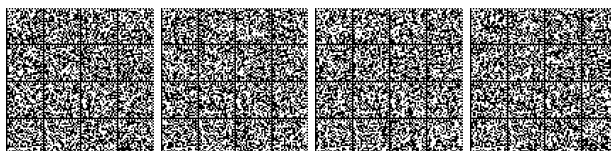
» 10

N. 249. Ordinanza del Giudice di pace di Borgo San Dalmazzo del 9 luglio 2009.

Sanzioni amministrative - Emissione di assegno senza autorizzazione o senza provvista - Procedimento per l'applicazione delle sanzioni amministrative - Attribuzione al prefetto della duplice competenza a notificare all'interessato gli estremi della violazione e ad irrogare le sanzioni, previa valutazione dei documenti e degli scritti difensivi eventualmente prodotti - Omessa previsione che le deduzioni presentate dall'interessato siano valutate dall'autorità gerarchicamente sovraordinata, anziché dal prefetto, così come disposto dalla legge n. 689 del 1981 in materia di depenalizzazione - Ingiustificata disparità di trattamento dei trasgressori, avuto riguardo all'irragionevole differenziazione, in punto di individuazione dell'autorità competente a vagliare le deduzioni difensive, della procedura prevista dalla legge n. 386 del 1990 da quella delineata dalla legge n. 689 del 1981 per la generalità degli illeciti amministrativi - Incidenza sul diritto di difesa, in conseguenza dell'attribuzione del potere decisorio al medesimo organo che ha già contestato l'illecito, anziché ad un organo terzo o gerarchicamente sovraordinato - Lesione della garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale avverso gli atti della pubblica amministrazione.

- Legge 15 dicembre 1990, n. 386, art. 8-bis.
- Costituzione, artt. 3, 24 e 113.

» 13



N. 250. Ordinanza del Tribunale dei minorenni di Trento del 6 luglio 2009.

Ordinamento penitenziario - Benefici penitenziari - Condizioni di accesso per i condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 - Applicabilità a condannati per fatti commessi da minorenni (nella specie, per delitti di cui agli artt. 605, 609-quater e 609-octies cod. pen.) - Violazione dei principi della finalità rieducativa della pena e di protezione dei minori.

- Codice di procedura penale, art. 656, comma 9; legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 4-bis, come modificato dall'art. 3 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, nella legge 23 aprile 2009, n. 38.
- Costituzione, artt. 27, comma terzo, e 31, comma secondo. Pag. 15

N. 251. Ordinanza del Tribunale di Agrigento del 19 maggio 2009.

Reati e pene - Circostanze aggravanti comuni - Previsione quale circostanza aggravante comune del fatto commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale - Violazione del principio di uguaglianza, per la disparità di trattamento rispetto ad analoghe condotte poste in essere da cittadini italiani o stranieri regolari - Violazione del principio di ragionevolezza, per la connessione dell'aumento di pena a condotte antecedenti al fatto che non hanno legame con questo, a prescindere dalla valutazione del giudice della pericolosità sociale - Contrasto con il principio di offensività.

- Codice penale, art. 61, primo comma, n. 11-bis, aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. f), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, nella legge 24 luglio 2008, n. 125.
- Costituzione, artt. 3, 25 e 27. » 17

N. 252. Ordinanza della Commissione tributaria regionale per la Toscana del 12 maggio 2009.

Giurisdizioni speciali - Giurisdizione tributaria - Attribuzione alla giurisdizione delle commissioni tributarie delle controversie relative alla debenza del canone per lo smaltimento dei rifiuti urbani - Ricorso in appello proposto da contribuente destinatario di cartella di pagamento della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani relativamente all'anno 2003 - Ritenuto difetto di giurisdizione dell'adita commissione tributaria, sul presupposto della natura non tributaria della controversia a quo per effetto della sostituzione della suddetta tassa con la tariffa di igiene ambientale (attualmente, tariffa per la gestione dei rifiuti urbani), avente natura di corrispettivo, anziché di tributo - Denunciata violazione del divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali.

- Decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, art. 2, comma 2, secondo periodo, aggiunto dall'art. 3-bis, comma 1, lett. b), del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, nella legge 2 dicembre 2005, n. 248.
- Costituzione, art. 102, comma secondo. » 21



ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 247

*Ordinanza del 24 febbraio 2009 emessa dal Tribunale di Roma
nel procedimento civile promosso da Capria Carlo contro Ministero dello sviluppo economico*

Impiego pubblico - Incarichi dirigenziali non di vertice conferiti a personale non dipendente da pubbliche amministrazioni (anche in regimi «privatizzati») - Cessazione ove non confermati entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del d.l. n. 262/2006 (c.d. «spoil system») - Violazione del principio di uguaglianza sotto il profilo dell'eguale disciplina di categorie non omogenee (dirigenti di vertice e dirigenti non di vertice) - Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e di servizio esclusivo alla Nazione dei pubblici impiegati.

- Decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, art. 2, comma 161, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2006, n. 286.
- Costituzione, artt. 3, 97 e 98.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza.

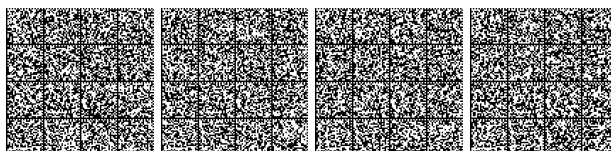
Sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 12 febbraio 2009.

Ritenuto in fatto che con ricorso depositato il 4 agosto 2008 Capria Carlo ha convenuto qui in giudizio il Ministero dello sviluppo economico;

il ricorrente ha esposto: di aver stipulato col convenuto (allora Ministero delle attività produttive), in data 3 agosto 2005, un contratto individuale di lavoro, ai sensi dell'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, avente ad oggetto un incarico dirigenziale cd. di seconda fascia, con decorrenza 1° settembre 2005 e scadenza 31 agosto 2008, per lo svolgimento di funzioni di ricerca e studio, relativi all'analisi quantitativa per la verifica dell'efficienza e dell'efficacia degli investimenti nei singoli settori agevolati dalle leggi in vigore; che con nota in data 1° dicembre 2006, il convenuto gli ha comunicato la non conferma di detto incarico ai sensi dell'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 41 del decreto legge n. 262/2006;

il ricorrente ha dedotto, con varie argomentazioni, l'illegittimità costituzionale di detta ultima disposizione, richiamandosi, in sostanza, ai principi, enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 103/2007; ne ha inferito l'illegittimità della sua «revoca» dall'incarico; ed ha chiesto condannarsi il convenuto al risarcimento dei danni subiti per effetto dell'illegittimo recesso, con particolare riguardo al danno da omesse contribuzioni per il periodo 1° dicembre 2006-31 agosto 2008; al danno alla professionalità; al danno all'immagine;

il Ministero dello sviluppo economico si è costituito in giudizio chiedendo respingersi le avverse domande. Ha osservato che il comma 159 dell'art. 2 del decreto legge n. 262/2006 come convertito non è stato investito dalle sentenze della Corte costituzionale n. 103/2007 e 161/2008; che la disposizione in questione interessa una quota minima del personale del Ministero; e presenta delle peculiarità rispetto alle ipotesi già venute all'esame del Giudice delle leggi, consistenti nell'«evidente intento di creare e mantenere uno stretto collegamento tra l'indirizzo politico attuale e la dirigenza dell'Amministrazione»; che peraltro esso si era attenuto alla legge vigente, cosa intrinsecamente legittima; che in ogni caso il Capria non poteva vantare un diritto soggettivo perfetto alla prosecuzione dell'incarico.



Ritenuto in diritto che è pacifico in causa e documentato che il ricorrente, titolare di un incarico dirigenziale cd. di seconda fascia conferitogli, ai sensi dell'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, quale soggetto non altrimenti legato da rapporto di impiego dirigenziale con una pubblica amministrazione, e munito dei requisiti di cui alla medesima disposizione; incarico di durata triennale decorrente dal 1° settembre 2005 e con prevista scadenza 31 agosto 2008; ha subito, con provvedimento in data 1° dicembre 2006, un provvedimento di non conferma dell'incarico, in applicazione dell'art. 41 del decreto legge n. 262/2006, successivamente convertito, con modificazioni, nella legge n. 286/2006;

che l'art. 41, comma 1, del decreto legge n. 262/2006, entrato in vigore il 3 ottobre 2006, ha modificato l'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165/2001, il quale, nel testo già sostituito dall'art. 3, comma 1, lett. i) dalla legge n. 145/2002, prevedeva che «Gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3 cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo», aggiungendo ad esso, dopo le parole «comma 3», le parole, «al comma 5-bis, limitatamente al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23, e al comma 6»;

che in sostanza, tale disposizione ha esteso agli incarichi dirigenziali conferiti ai sensi del comma 5-bis e, per quanto interessa in questa sede, del comma 6, il regime di cessazione automatica susseguente al subentro di nuovo governo già previsto dall'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165/2001 come sostituito dall'art. 3, comma 1, lett. i) della legge n. 145/2002, per gli incarichi dirigenziali di cui al comma 3 dell'art. 19 detto;

che l'art. 41, comma 3, del decreto legge n. 262/2006 ha altresì dettato la seguente disciplina di prima applicazione «In sede di prima applicazione dell'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato ed integrato dai commi 1 e 2, gli incarichi ivi previsti, conferiti prima del 17 maggio 2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legge»;

che l'Amministrazione ha fatto applicazione, nella vigenza del decreto-legge, il 1° dicembre 2006, con decorrenza dal 2 dicembre 2006, della disposizione di cui all'art. 41, comma 3, cit., visto che il ricorrente aveva un incarico ex comma 6 in corso alla data del 17 maggio 2006; questa appare dunque la disposizione applicata nel caso di specie, e sulla quale deve incentrarsi lo scrutinio di legittimità costituzionale; piuttosto che sul comma 1 dell'art. 41 del decreto-legge, poi convertito *sub* art. 2, comma 159 della legge di conversione, che riguarda la disciplina a regime e peraltro non sembra poter trovare applicazione *ratione temporis*, perché alla data di entrata in vigore del decreto il termine di novanta giorni dalla fiducia al Governo oggi in carica era già decorso, e la stessa introduzione di una disciplina di prima applicazione volta a regolare i rapporti in corso alla data della fiducia rende evidente la non retroattività del comma 159, d'altronde imposta, in assenza di segni esegetici contrari, dai principi generali;

che le disposizioni di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 41 del decreto-legge n. 262/2006 sono poi state sostanzialmente trasfuse, rispettivamente, nei commi 159 e 161 dell'art. 2 della legge di conversione 24 novembre 2006, n. 286, che peraltro ha espressamente abrogato l'art. 41 del decreto-legge n. 262/2006, e, non di meno, facendone salvo l'art. 48, appare averne fatta salva l'efficacia temporale, per quanto attiene alle disposizioni qui in esame, rimaste, per quanto rileva in causa, intatte nella loro portata normativa, dal 3 ottobre 2006;

che la Corte costituzionale, con sentenza n. 103/2007, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge n. 145/2002, nella parte in cui dispone che «i predetti incarichi cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione»;

che la disposizione censurata dalla Corte, seppur connotata dalla duplice particolarità, rispetto alla fattispecie all'esame di questo giudice: a) di riferirsi agli incarichi dirigenziali cd. di prima fascia (dirigenza generale ed equiparata); b) di prevedere una cessazione automatica degli incarichi non temperata dalla possibilità di una conferma; presenta, in comune con questa, la caratteristica di prevedere una cessazione automatica *ope legis* di rapporti di servizio/incarico dirigenziale in corso a tempo determinato, prima della scadenza degli stessi, ed a prescindere dalla adduzione di causali giustificative;

che i motivi per i quali la Corte ha censurato di illegittimità costituzionale il ridetto art. 3, comma 7, appaiono tutti estensibili al caso qui in esame, posto che essi si incentrano sul cd. spoils system *una tantum*, applicato agli incarichi dirigenziali nel regime di cui alla legge di riforma del pubblico impiego, in quanto tale.

Si è infatti osservato, all'esito di una analitica disamina del sistema dei rapporti tra dirigenza pubblica e potere politico nel sistema di cui al d.lgs. n. 165/2001, che la legge di riforma del pubblico impiego «disegna un modulo di azione che misura il rispetto delle condizioni dell'efficacia e dell'efficienza alla luce dei risultati che il dirigente deve conseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un tempo adeguato ... La previsione di una anticipata cessazione *ex lege* impedisce che l'attività del dirigente possa espletarsi in confor-



mità al modulo di azione sopra indicato la revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti può essere conseguenza solo di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato deve ritenersi necessario che sia comunque garantita la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esternalizzi le ragioni — connesse alle pregresse modalità di svolgimento del rapporto anche in relazione agli obiettivi programmati dalla nuova compagine governativa — per le quali ritenga di non consentire la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall'altro, al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa L'esistenza di tale fase valutativa è richiesta anche per garantire il controllo giurisdizionale per garantire scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale dell'imparzialità. Precetto che è alla base della stessa distinzione funzionale tra attività di governo che è espressione delle forze di maggioranza ... e azione amministrativa ... che è «al servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.);

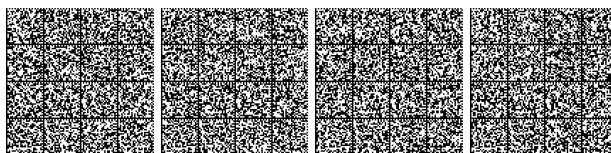
che l'insegnamento del Giudice delle leggi appare chiaro nel senso che qualunque meccanismo di cessazione automatica *ex lege* di incarichi di funzioni dirigenziali *ex art. 19, d.lgs. n. 165/2001*, vieppiù ove ricondotto al mutare del Governo in carica, si pone in conflitto con gli artt. 97 e 98 della Costituzione, perché, in sostanza, precarizzando la posizione del dirigente pubblico, che ne resta piegata a mere esigenze di fidelizzazione personale proprie della maggioranza, incrina i principi fondamentali dell'azione amministrativa, che la vogliono imparzialmente al servizio della Nazione e delle leggi da applicare, ed autonoma nell'ambito degli indirizzi politici, con solo riguardo all'interesse al rispetto dei quali (leggi ed indirizzi) gli incarichi in questione possono legittimamente essere revocati, mediante forme procedimentali atte a sottrarre tali iniziative a mero arbitrio, ed a ricondurle alla necessità del rispetto dei medesimi fondamentali principi;

che i principi posti da Cort. cost. cit. hanno trovato conferma nella sentenza della Corte costituzionale n. 161/2008, che ha dichiarato, per gli stessi motivi, l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, del decreto-legge n. 262/2006, come convertito nell'art. 1, comma 1, della legge n. 286/2006 (la medesima disposizione sulla quale qui si solleva scrutinio) «Nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 conferiti prima del 17 maggio 2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto».

che malgrado il dispositivo di Cort. cost. n. 161/2008 si presti, nel suo tenore testuale, ad essere direttamente applicato alla fattispecie, perché il Capria appartiene al «personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 165/2001», l'esame complessivo della pronuncia rivela chiaramente come la Corte abbia inteso aver esclusivo riguardo al personale comunque dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, e munito di *status* dirigenziale (sebbene non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23), cui si riferisce il comma 5-bis dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001; personale al quale si riferiva il caso oggetto dell'ordinanza di rimessione; tanto che espressamente, nella motivazione, ed al dichiarato scopo di delimitare l'ambito della delibazione, la Corte distingue i tre tipi di incarico (quello generale, conferito a dirigenti appartenenti ai ruoli di cui all'art. 23 ed appartenenti alla stessa amministrazione; quello di cui al comma 5-bis, conferito a dirigenti non appartenenti ai predetti ruoli, ma dipendenti di pubbliche amministrazioni in regime «privatizzato»; e quelli di cui al comma 6, conferiti a personale «esterno» rispetto alle prime due categorie);

che sebbene l'estensibilità piena ed incondizionata dei principi sulle quali si fondano Cort. cost. n. 103/2007 e 161/2008 alle «non conferme» automatiche degli incarichi conferiti ai sensi del comma 6 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 appaia piuttosto evidente, il fatto che Cort. cost. n. 161/2008 non abbia ritenuto, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87/1953, di poter estendere d'ufficio la declaratoria di illegittimità costituzionale a tale ultima ipotesi, ed abbia invece rigorosamente e dichiaratamente delimitato lo scrutinio alla fattispecie astratta riferita agli incarichi di cui al comma 5-bis, non consente a questo giudice di dare per scontata l'illegittimità costituzionale del comma 161, nella parte in cui si riferisce agli incarichi di cui al comma 6, neppure per il tramite di una lettura costituzionalmente orientata, d'altronde impedita dall'inequivoco tenore testuale della disposizione; il che lo obbliga a sollevare la questione;

che non di meno, la Corte ha riaffermato, nella sentenza n. 161 cit., i principi già formulati in Cort. cost. n. 103/2007, non senza rimarcare l'indifferenza, rispetto ad essi, della diversa struttura della disciplina della caducazione automatica (disciplina che qui viene in identica considerazione); e del fatto che si tratti di incarico conferito ad un dirigente «esterno»;



che l'unica residua differenza che viene in considerazione nella specie, rappresentata dal fatto che qui trattasi di incarico dirigenziale conferito *ex art. 19, comma 6*, a persona non attualmente munita dello *status* di dirigente, in ragione dei requisiti professionali di cui alla medesima disposizione, appare del tutto inidonea a sottrarre la fattispecie ai medesimi sospetti di non conformità alla Legge fondamentale;

che peraltro, dopo Cort. cost. n. 161/2008, il fatto che gli incarichi di cui al comma 6 possano cessare automaticamente, quando quelli di cui al comma 5-bis non lo possono, determina ormai una disparità di trattamento che appare priva di ogni ragionevole giustificazione e come tale illegittima ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, come la difesa di parte ricorrente non ha mancato di rimarcare;

che gli argomenti mossi dalla difesa erariale contro la non manifesta infondatezza della questione proposta dal ricorrente appaiono inconsistenti per assoluta irrilevanza, nel loro aver riguardo al presunto carattere marginale dell'utilizzo di incarichi «*ex comma 6*»; e rafforzativi del dubbio di illegittimità costituzionale, dove si invoca «l'evidente intento di creare e mantenere uno stretto collegamento tra indirizzo politico attuale e la dirigenza dell'amministrazione», che è proprio ciò che la Corte ha detto che la legge non può fare col mezzo prescelto, ma, semmai, introducendo un procedimento atto a consentire, garantendo previamente il diritto a difesa del dirigente, un sindacato concreto sulla pretesa incompatibilità attitudinale del dirigente a conformarsi agli eventuali nuovi indirizzi del nuovo governo;

che la questione appare rilevante in causa, perché l'attore, chiedendo di essere risarcito per il «danno patrimoniale e non patrimoniale, causato dall'illegittima ed unilaterale revoca dell'incarico dirigenziale...» ha chiesto, seppure indirettamente, in via principale dichiararsi l'illegittimità della «revoca»; e lo ha chiesto solo in quanto disposta in applicazione della disposizione censurata di illegittimità costituzionale; sicché questo giudice deve in primo luogo accertare se la «revoca» è stata legittima, e tale giudizio dipende strettamente (e in via esclusiva) dalla validità della disposizione di legge in stretta ed esclusiva applicazione della quale (e senza alcun'altra motivazione) essa è stata disposta;

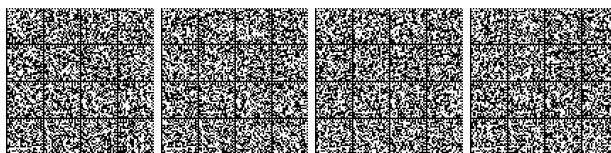
che peraltro, anche a ritenere (alla stregua di obiezioni mosse oralmente dalla difesa erariale, anche a sostegno della non rilevanza della questione) che l'accertamento dell'illegittimità della «revoca» non formi oggetto di domanda principale, non di meno tale accertamento va svolto in via incidentale onde accertare se vi sia stato, nella sua consistenza materiale, l'illecito in relazione al quale è chiesto risarcimento di pretesi danni; e poiché tale accertamento assume carattere pregiudiziale riguardo alla struttura dell'illecito, la rilevanza della questione non sembra richiedere una preventiva delibazione sulla sussistenza degli altri elementi costitutivi della pretesa risarcitoria (la colpa dell'amministrazione ed il danno);

che peraltro, a costo di tuziorismo, merita osservare come, allo stato, non possa apparire improbabile che l'accoglimento della sollevata questione di legittimità costituzionale abbia ricadute risarcitorie, se si considera:

a) che l'attore reclama a titolo risarcitorio il pagamento delle retribuzioni che avrebbe maturato, secondo contratto, fino alla scadenza. L'Amministrazione non deduce nemmeno di avergliene erogate, sebbene l'art. 2, comma 161, legge cit. abbia introdotto, al riguardo, una disposizione di salvaguardia rivolta agli incaricati non già dipendenti da pubbliche amministrazioni. Gli atti depongono nel senso che il Capria avesse in corso un rapporto di lavoro con la Presidenza del Consiglio dei ministri (il provvedimento del 1° dicembre 2006 è rivolto in primo luogo alla P.C.m. e dispone che dal giorno successivo il Capria «riassumerà servizio presso codesta amministrazione»). In tale contesto documentale, e considerato che l'incarico è stato conferito ai sensi del comma 6 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 (e non del comma 5-bis) deve desumersi che l'attore sia dipendente di pubblica amministrazione privo di *status* di dirigente, il che spiega il disconoscimento del diritto al compenso pattuito per il periodo corrente tra il recesso e la scadenza del contratto; diritto che sarebbe, invece, da riconoscersi in caso di illegittimità costituzionale del comma 161 e conseguente illegittimità della «non conferma»;

l'attore deduce danni alla professionalità ed all'immagine la cui sussistenza non può essere, allo stato, esclusa;

quanto alla colpa dell'amministrazione, essa si presume *ex art. 1218 c.c.*, trattandosi nella specie di responsabilità contrattuale. La questione, agitata dalla difesa del convenuto, della possibilità/necessità di ravvisare una ipotesi di non imputabilità nei casi, quale quello di specie, in cui l'illecito denunciato consista nell'essersi il debitore conformato ad una regola di condotta consentita dalla legge vigente, che successivamente sia colpita da declaratoria di illegittimità costituzionale, non trova soluzione univoca nella giurisprudenza di legittimità (*cf.* Cass. 23565/2007 e 5586/2002, peraltro caratterizzati da ambiti normativi particolari). Ad avviso del giudicante, la questione non può trovare solu-



zione univoca, dovendosi tenere presenti la natura della condotta e della disposizione applicata ed il contesto della sua applicazione, che, nella specie, non consentono *prima facie* di affermare che il Ministero versi in una ipotesi di causa non imputabile, se si tiene presente:

a) che la disposizione qui impugnata non richiedeva la non conferma dell'incarico, rimettendola invece ad una piena ed incondizionata discrezionalità dell'amministrazione, passibile di essere esercitata anche solo tacitamente, e che questa ha ritenuto di esercitare attivamente *ante tempus* senza, peraltro, alcuna motivazione;

b) che i principi ricavabili da Cost. 97 e 98 costituiscono regole che, oltre a limitare la potestà della legge, disciplinano di per sé il retto esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione. Ed è opinione largamente condivisa che la privatizzazione dei poteri gestori dei rapporti di lavoro compiuta dall'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001, se non consente di radicare in capo ai controinteressati situazioni giuridiche di interesse legittimo come tali tutelabili (e non di meno, contro quanto opina l'amministrazione, se la disposizione qui censurata è illegittima, l'attore aveva un diritto soggettivo perfetto e non affievolibile alla conservazione dell'incarico conferitogli con contratto di diritto privato nell'esercizio di potere e capacità privatistiche), non sottrae di per sé l'Amministrazione come tale dal dovere di conformarsi ai principi generali di imparzialità e buon andamento, la cui violazione può ben essere considerata indice di colpa;

c) che già in precedenti arresti del Giudice delle leggi (Cort. cost. n. 313/1996, ord. 11/2002) si era in qualche modo indicato come la privatizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti non implicasse di per sé che l'Amministrazione potesse recedere liberamente dagli incarichi conferiti, e come ciò avrebbe in qualche modo incrinato le garanzie costituzionali di imparzialità e buon andamento;

che peraltro, si ripete, su tali questioni, che appaiono del tutto premature, ci si sofferma appena, perché domandarsi se la colpa dell'amministrazione sia esclusa *ex art.* 1218 c.c. dal fatto di essersi questa conformata ad una legge solo successivamente dichiarata illegittima ha senso solo dopo che si sia accertato che la legge medesima è costituzionalmente illegittima; perché in caso contrario la liceità della condotta è *in re ipsa* e l'illecito inconfigurabile «a priori». Ne segue, come già rilevato, che una corretta decisione della causa, svolta all'esito di un esame delle questioni svolto nel rispetto dell'ordine logico-giuridico posto dalla struttura della fattispecie, consente di per sé di ritenere che questo giudice non può decidere la causa senza giudicare della validità della disposizione impugnata, palesandosi del tutto impropria una logica decisoria che, invertendo l'ordine logico delle questioni, ed in particolare in ipotesi muovendo, per escluderle, la colpa e/o il danno, giungesse al rigetto della domanda non avvertendo la previa necessità di deliberare sull'esistenza dell'elemento materiale dell'illecito, in solo rapporto al quale, peraltro, la colpa e il danno sono concretamente delibabili;

né sembra al giudicante coerente con le funzioni istituzionali della Corte una interpretazione del requisito della rilevanza che si sospinga a valutazioni prognostiche sulla concreta idoneità dell'esito ad incidere sulle possibilità di accoglimento, parziale o totale, della domanda.

P. Q. M.

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

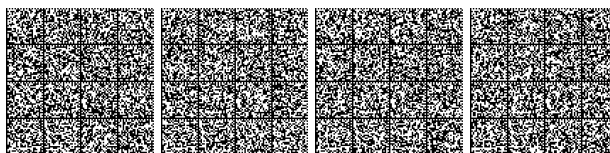
Dichiara rilevante, e non manifestamente infondata, con riguardo agli artt. 3, 97 e 98 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262 (già art. 41, comma 3, stesso decreto), come convertito in legge 24 novembre 2006, n. 286, nella parte in cui prevede che gli incarichi conferiti ai sensi dell'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001 prima del 17 maggio 2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto;

Ordina l'immediata trasmissione degli atti della Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso;

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

Roma, addì 24 febbraio 2009

Il giudice: CONTE



N. 248

*Ordinanza del 29 luglio 2009 emessa dalla Corte d'appello di Trento
nel procedimento civile promosso da O.E. ed altri contro Sindaco del Comune di Trento*

Matrimonio - Richiesta di pubblicazione di matrimonio resa da nubendi dello stesso sesso - Rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile in virtù della ritenuta estraneità all'ordinamento giuridico italiano dell'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso - Reclamo avverso il decreto del tribunale che ha giudicato legittimo il rifiuto di procedere alla pubblicazione - Mancato riconoscimento alle persone di orientamento omosessuale della libertà di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso - Violazione del divieto costituzionale di discriminazioni derivanti dal sesso o dalle condizioni personali (quali l'orientamento sessuale) - Ingiustificata compromissione dell'inviolabile e fondamentale diritto dell'uomo di contrarre matrimonio, garantito, altresì, dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Denunciato contrasto del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso con la tutela costituzionalmente garantita alla famiglia, quale società naturale fondata sul matrimonio.

- Codice civile, artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis.
- Costituzione, artt. 2, 3 e 29.

LA CORTE D'APPELLO

Ha pronunciato la seguente ordinanza nella causa civile in grado di appello iscritto a ruolo in data 16 marzo 2009 al n. 149/2009 R.G.V.G. promosso con ricorso avverso il decreto n. 727/08 d.d. 5 marzo 2009 del Tribunale di Trento da E. O., L. L., entrambi in T. V. R., Z. E., M. O. entrambe residenti in T., v. A. G., tutti rappresentati e difesi dall'avv. Alexander Schuster di Trento, per delega a margine del ricorso di prime cure d.d. 20 ottobre 2008, ricorrenti;

Contro sindaco del Comune di Trento, nella qualità di ufficiale di Governo, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato di Trento, domiciliaria *ex lege*, residente, con l'intervento del procuratore generale, interveniente.

Oggetto ricorso avverso il decreto n. 727/08 d.d. 5 marzo 2009 del Tribunale di Trento.

Letto il reclamo proposto, ai sensi dell'art. 739 c.p.c., da E. O., L. L., E. Z., M. O., avverso il decreto n. 727/08 d.d. 24 febbraio 2009 del Tribunale di Trento;

Uditi i procuratori dei ricorrenti ed il procuratore generale all'udienza davanti al Collegio, celebrata in Camera di consiglio in data 9 luglio 2009.

O S S E R V A

I ricorrenti hanno proposto ricorso avanti al Tribunale di Trento avverso il provvedimento con cui l'ufficiale dello stato civile del Comune di Trento aveva rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio dagli stessi richiesta (da E. O. e L. L. da un lato e da E. Z. e M. O. dall'altro), non ritenendo ammissibile nel nostro ordinamento giuridico il matrimonio tra persone del medesimo sesso.

Il Tribunale di Trento con decreto n. 727/08 d.d. 24 febbraio 2009 ha respinto il ricorso, ritenendo legittimo il rifiuto opposto dall'ufficiale dello Stato civile, osservando in sintesi che la disciplina del matrimonio prevista dalla vigente normativa non consente di configurare il matrimonio come un istituto giuridico accessibile a persone del matrimonio prevista dalla vigente normativa non consente di configurare il matrimonio come un istituto giuridico accessibile a persone del medesimo sesso, consistendo invece nella regolamentazione, sotto molteplici profili, dell'unione tra un uomo ed una donna.



Con ricorso depositato in data 16 marzo 2009 E. O., L. L., E. Z., M. O. hanno impugnato il suddetto decreto, ritenendolo infondato ed erroneo e proponendo in via subordinata questione di legittimità costituzionale delle norme di cui agli articoli 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis c.c., art. 64, lettera e) d.P.R. n. 396/2000, qualora ritenute affermative del principio di diritto secondo cui il matrimonio sarebbe istituito riservato a persone di sesso diverso.

Non ha resistito a detto gravame il sindaco di Trento, mentre il procuratore generale ha dato parere contrario al suo accoglimento, sotto ogni profilo.

La domanda principale è, ad avviso di questa Corte, infondata.

Come recentemente ricordato dalla circolare ministeriale n. 55/2007, di cui l'ufficiale di Stato civile di Trento ha fatto corretta applicazione, in mancanza di modifiche legislative in materia, il nostro attuale ordinamento non ammette il matrimonio tra omosessuali.

Il Tribunale di Trento ha recepito detto orientamento e data ampio resoconto delle ragioni per cui la normativa vigente non consente l'accoglimento della tesi proposta dai ricorrenti; con argomentazione logica e precisa, che questa corte non può che condividere, il primo giudice ha spiegato che sebbene non esista una norma che vieti espressamente il matrimonio tra omosessuali, tuttavia dall'esame della disciplina complessiva dell'istituto matrimoniale è chiaramente ricavabile un principio fondamentale da cui si evince che il matrimonio è stato concepito e configurato al fine di regolamentare l'unione tra individui di sesso diverso nonché i rapporti giuridici ad essa inerenti e da essa nascenti.

Col gravame il difensore dei ricorrenti si è affannato al fine di proporre un'interpretazione diversa delle norme ricordate dal Tribunale, cadendo peraltro in una grave contraddizione logica nel momento in cui ha da un lato ritenuto ammissibile alla luce di esse il matrimonio omosessuale e, dall'altro, ha cercato di sminuire la portata delle norme ricordate dal primo giudice in quanto scritte in un'epoca in cui l'idea di un matrimonio tra persone del medesimo sesso neppure era concepibile.

Con tale ultima pretesa, insomma, gli appellanti hanno in sostanza ammesso che la *ratio legis* ricavabile della vigente normativa in materia è inequivocabilmente contraria all'interpretazione da essi proposta, proprio in quanto è solo in tempi assai recenti che si è arrivati a concepire (e in diversi paesi, anche europei, ad ottenere) la possibilità da parte degli omosessuali di poter vantare il diritto a contrarre matrimonio tra persone del medesimo sesso. Non può dunque l'interprete far dire alla norma ciò che era ad essa del tutto estraneo.

Nella consapevolezza di tale oggettiva difficoltà interpretativa gli appellanti hanno subordinamente proposto questione di legittimità costituzione delle norme che, disciplinando il matrimonio, fanno intendere che esso sia istituito riservato a persone di sesso diverso.

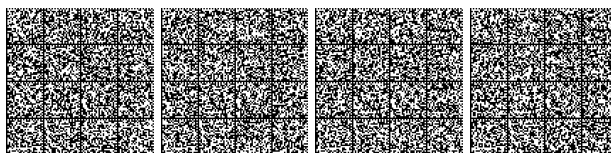
La questione è stata di recente portata dal Tribunale di Venezia (v. ordinanza dd. 3 aprile 2009) all'attenzione della Corte costituzionale la quale dovrà, quindi, pronunciarsi in tempi presumibilmente brevi.

Ritiene anche questa Corte di dover trasmettere gli atti alla Corte costituzionale, trattandosi di questione rilevante e non manifestamente infondata.

Non vi è dubbio, infatti, che rispetto all'epoca in cui sono state incardinate le norme disciplinanti il matrimonio si è verificata un'inarrestabile trasformazione della società e dei costumi che ha portato al superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia tradizionale ed al contestuale spontaneo sorgere di forme diverse di convivenza che chiedono (talora a gran voce) di essere tutelate e disciplinate.

In particolare, per quanto riguarda le unioni tra omosessuali, si è opportunamente sottolineato da parte di molte pronunzie dei giudici europei, ed anche dalla Corte costituzionale, che l'orientamento del transessuale costituisce un sia pur minoritario «naturale modo di essere» e che la normativa di un civile ordinamento deve essere volta a consentire l'affermazione anche della personalità di individui nati con siffatte diverse caratteristiche sessuali, non essendo concepibile il persistere di comportamenti tesi alla volontà d'isolamento, all'ostilità ed all'umiliazione degli omosessuali (come troppo spesso è avvenuto in passato).

Nell'ambito di tale inarrestabile mutamento della società, dunque, occorre chiedersi se l'istituto del matrimonio, così come emerge dalla legislazione italiana, sia o meno in contrasto con i principi costituzionali.



L'interrogativo si pone con particolare rilevanza rispetto al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, norma che da un lato vieta ogni discriminazione irragionevole, conferendo a tutti i cittadini «...pari dignità sociale, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali»; e, dall'altro lato, impegna lo Stato a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

In sostanza, dato che il diritto di contrarre matrimonio costituisce oggettivamente un momento essenziale di espressione della dignità umana (garantito costituzionalmente dall'art. 2 Cost. e, a livello sovranazionale, dagli articoli 12 e 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, dagli artt. 8 e 12 CEDU e dagli artt. 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000), vi è da chiedersi se sia legittimo impedire quello tra omosessuali ovvero se, invece, esso debba essere garantito a tutti, senza discriminazioni derivanti dal sesso o dalle condizioni personali (quali l'orientamento sessuale), con conseguente obbligo dello Stato d'intervenire in caso di impedimenti all'esercizio di esso.

Non può negarsi che la questione sia rilevante ai fini della decisione, giacché la dichiarazione di incostituzionalità delle norme disciplinanti il matrimonio nella parte in cui non consentono il matrimonio tra omosessuali influirebbe in maniera determinante sull'esito del presente giudizio.

Né può sostenersi che la questione sia manifestamente infondata giacché quanto sopra osservato non può essere superato da un'interpretazione secondo cui il matrimonio deve e può essere consentito solo a coppie eterosessuali a ragione della sua funzione sociale, principio secondo taluni ricavabile dall'art. 29 Cost. (norma che riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio). Detto principio, infatti, si limita a riconoscere alla famiglia un suo ruolo naturale, nel senso che da un lato lo Stato non può prescindere da tale realtà sociale a cui tende per natura la stragrande maggioranza degli individui e, dall'altro, afferma che famiglia è fondata sul matrimonio; ma certo esso non giunge ad escludere la tutela della famiglia di fatto (che prescinde dal matrimonio) o ad affermare la funzione della famiglia come granaio dello Stato.

L'evoluzione legislativa e giurisprudenziale, molto ben ricordata dal Tribunale di Venezia nell'ordinanza sopra citata, restituisce oggi un concetto di famiglia che porta ad escludere che in forza dell'art. 29 Cost. possa darsi rilevanza solo alla famiglia legittima funzionalmente finalizzata alla capacità procreativa dei coniugi sicché, semmai, è anche in relazione a tale norma di rango costituzionale che la questione sollevata deve essere giudicata meritevole di attenzione da parte del Giudice delle leggi.

P. Q. M.

Visti gli artt. 134 Cost., 1, legge n. 1/1948, 23, legge n. 87/1953;

Ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis cod. civ. in rapporto agli artt. 2, 3 e 29 Cost., nella parte in cui, complessivamente valutati, non consentono agli individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso sospende il presente giudizio, disponendo l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

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

Trento, addì 9 luglio 2009

Il Presidente: AVOLIO

Il consigliere estensore: MAIONE



N. 249

*Ordinanza del 9 luglio 2009 emessa dal Giudice di pace di Borgo San Dalmazzo
nel procedimento civile promosso da Pejrone Mario contro Prefetto di Cuneo*

Sanzioni amministrative - Emissione di assegno senza autorizzazione o senza provvista - Procedimento per l'applicazione delle sanzioni amministrative - Attribuzione al prefetto della duplice competenza a notificare all'interessato gli estremi della violazione e ad irrogare le sanzioni, previa valutazione dei documenti e degli scritti difensivi eventualmente prodotti - Omessa previsione che le deduzioni presentate dall'interessato siano valutate dall'autorità gerarchicamente sovraordinata, anziché dal prefetto, così come disposto dalla legge n. 689 del 1981 in materia di depenalizzazione - Ingiustificata disparità di trattamento dei trasgressori, avuto riguardo all'irragionevole differenziazione, in punto di individuazione dell'autorità competente a vagliare le deduzioni difensive, della procedura prevista dalla legge n. 386 del 1990 da quella delineata dalla legge n. 689 del 1981 per la generalità degli illeciti amministrativi - Incidenza sul diritto di difesa, in conseguenza dell'attribuzione del potere decisorio al medesimo organo che ha già contestato l'illecito, anziché ad un organo terzo o gerarchicamente sovraordinato - Lesione della garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale avverso gli atti della pubblica amministrazione.

- Legge 15 dicembre 1990, n. 386, art. 8-bis.
- Costituzione, artt. 3, 24 e 113.

IL GIUDICE DI PACE

Premesso che con ricorso depositato il 20 marzo 2009 il sig. Mario Pejrone, a mezzo dei suoi procuratori, proponeva opposizione avverso l'ordinanza ingiunzione n. 0006608-20090210 emessa, per il prefetto di Cuneo, il 10 febbraio 2009 dal vice prefetto delegato portante l'ingiunzione di pagamento determinato nel complessivo importo di Euro 2065,82 e la sanzione amministrativa accessoria del divieto di emettere assegni per complessivi mesi 48 (quarantotto).

Chiedeva, in via preliminare, la sospensione *ex art. 22*, legge n. 689/1981 e, nel merito, previa le deduzioni istruttorie, l'annullamento del provvedimento impugnato.

Tanto per i motivi esposti in ricorso.

O S S E R V A

L'art. 8-bis, legge n. 386/1990, così come introdotto dall'art. 33, d.lgs. n. 507/1999, che ha depenalizzato i reati di emissione di assegno senza autorizzazione ovvero senza provvista, prevede che il prefetto venga informato dell'infrazione dal pubblico ufficiale ovvero dal trattario secondo le modalità ivi previste.

All'esito, ed entro novanta giorni dalla ricezione del rapporto o dell'informazione, il prefetto, a mente del comma 3 del medesimo articolo, notifica all'interessato gli estremi della violazione il quale, entro trenta giorni dalla notifica, può presentare scritti difensivi e documenti allo stesso prefetto che, a mente del comma 5 e valutate le deduzioni presentate, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione ingiungendone il pagamento ovvero emettendo ordinanza motivata di archiviazione degli atti.

Con la richiamata procedura il prefetto viene individuato dalla legge quale soggetto che, sulla base degli elementi di valutazione raccolti nel rapporto di accertamento ovvero nell'informativa, contesta e notifica al trasgressore gli estremi della violazione con l'indicazione che avverso tale contestazione l'interessato può presentare scritti difensivi e documenti allo stesso prefetto.



Scritti difensivi e documenti che dovranno essere valutati dal prefetto e cioè dallo stesso organo che ha contestato e notificato la violazione e che motiveranno lo stesso ad ingiungere il pagamento ovvero ad emettere ordinanza di archiviazione.

Tale scelta del legislatore appare del tutto illogica perché introduce una irragionevole distinzione tra trasgressori determinando un'ingiustificata disparità di trattamento tra quelli che, a mente della procedura prevista per l'irrogazione delle sanzioni amministrative, possono invece avvalersi della procedura dettata dagli artt. 17 e 18, legge n. 689/1981, a mente della quale è previsto che la contestazione e notificazione della violazione sia effettuata da parte di un funzionario ovvero da un agente diverso da quello che sarà chiamato a valutare le ragioni esposte negli eventuali scritti difensivi e a determinare la sanzione con ordinanza motivata e quelli che, come nel caso, emettono un assegno senza autorizzazione ovvero senza provvista titolati ad avvalersi della sola procedura prevista dall'art. 8-bis della legge n. 386/1990.

Procedura che diversamente dalla quella prevista dagli artt. 17 e 18, legge n. 689/1981, prevede che sia sempre lo stesso prefetto tanto a redarre e a notificare gli estremi della violazione, previa valutazione del contenuto del rapporto ovvero dell'informativa ricevute, che a irrogare la sanzione previa la valutazione delle deduzioni presentate con scritti difensivi e documenti fatti pervenire dal soggetto oggetto della contestazione.

Sanzione che, così come irrogata, risulta viziata da una inevitabile violazione del principio di eguaglianza nello svolgimento dell'azione amministrativa e del diritto di far valere efficacemente le proprie ragioni.

Tanto perché irrogata all'esito di una procedura che vede la decisione presa da un soggetto non terzo né gerarchicamente sovraordinato, come invece previsto dalla legge n. 689/1981, ma dallo stesso prefetto che, previamente, ha già provveduto a valutare il rapporto di accertamento ovvero l'informativa e a contestare l'addebito.

Tutto ciò contraddicendo quello che lo stesso legislatore, ai fini della sostanziale legalità degli atti amministrativi e per evitare inutili opposizioni, si era indotto ad ottenere con la prescrizione dell'obbligatorietà di una sorta di contraddittorio che viene a determinarsi per l'ufficio che ha l'obbligo di prendere in considerazione e di valutare le difese per tal modo prospettate.

Al riguardo si osserva che, se l'autorità competente ad irrogare la sanzione ha, per l'appunto, il compito di determinare l'ammontare della sanzione amministrativa pecuniaria e, per l'effetto, gli è stato imposto di recepire l'attività difensiva in una sorta di contraddittorio, che viene obbligatoriamente imposto nel caso in cui i privati ritengano di difendersi con quel minimo di possibilità concessa all'incolpato per far presente le proprie giustificazioni e costituendo il richiamato contraddittorio il nucleo centrale della difesa esperita, questa non può essere minorata da una valutazione rimessa allo stesso organo che ha già contestato la violazione sulla base dell'esame condotto sul rapporto ovvero sull'informativa pervenuta.

Se è vero che la discrezionalità del legislatore può essere censurata in sede di sindacato di costituzionalità nelle sole ipotesi in cui sia esercitata in modo manifestamente irrazionale (*cf.* ordinanza n. 177/2003) e se, per l'effetto, la stessa non può essere ritenuta palesemente irrazionale ed arbitraria sulla base di una mera valutazione del giudice *a quo* (*cf.* ordinanza 212/2004), tuttavia, ad avviso del rimettente, l'irragionevole procedura prevista dalla legge appare lesiva dei diritti di difesa che, a mente dell'art. 24 della Carta costituzionale, non può, in ogni caso, essere minorato perché reso possibile solo attraverso una sorta di contraddittorio da svolgersi in un ambito e con un giudizio domestico.

Per tutte tali ragioni deve, pertanto, ritenersi non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8-bis, legge n. 386/1990 nella parte in cui non prevede che l'eventuale difesa possa essere svolta di fronte non già al prefetto ma all'autorità gerarchicamente sovraordinata come disposto dalla legge n. 689/1981 in materia di depenalizzazione.

Appare quindi doveroso sollevare la questione di legittimità costituzionale giacché la scelta del legislatore, ritenuta irrazionale ed irragionevole, deve essere applicata in questo giudizio.



P. Q. M.

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

Ritenuta rilevante per la decisione di questo processo, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 8-bis, legge n. 386/1990 nella parte in cui non prevede che le deduzioni presentate dall'interessato siano valutate non già dal prefetto ma dall'autorità gerarchicamente sovraordinata così come disposto dalla legge n. 689/1981 in materia di depenalizzazione.

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

A cura della cancelleria ordina la notifica di questa ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e alle parti e la sua comunicazione ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Borgo San Dalmazzo, addì 7 luglio 2009

Il giudice di pace: LERDA

09C0590

N. 250

*Ordinanza del 6 luglio 2009 emessa dal Tribunale dei minorenni di Trento
nel procedimento relativo a T.A.*

Ordinamento penitenziario - Benefici penitenziari - Condizioni di accesso per i condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 - Applicabilità a condannati per fatti commessi da minorenni (nella specie, per delitti di cui agli artt. 605, 609-*quater* e 609-*octies* cod. pen.) - Violazione dei principi della finalità rieducativa della pena e di protezione dei minori.

- Codice di procedura penale, art. 656, comma 9; legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 4-*bis*, come modificato dall'art. 3 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, nella legge 23 aprile 2009, n. 38.
- Costituzione, artt. 27, comma terzo, e 31, comma secondo.

IL TRIBUNALE PER I MINORENNI

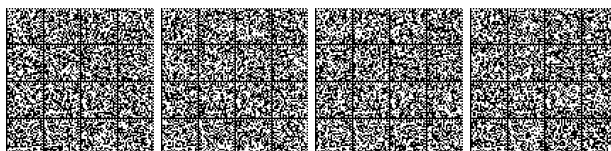
A scioglimento della riserva espressa nell'udienza del 2 luglio 2009, ha pronunciato la seguente ordinanza.

Visti l'ordine di carcerazione con contestuale sospensione dell'esecuzione emesso dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni e la successiva istanza di affidamento in prova al Servizio Sociale, presentata dal difensore di fiducia di T. A., nato il ... a ... e residente in v. M. G. n. ..., in relazione all'esecuzione della pena di anni due e mesi otto di reclusione per i reati di cui agli artt. 110, 605, 609-*quater* e 609-*octies* cp, inflitta con la sentenza emessa in data 24 ottobre 2007 dal G.u.p. del Tribunale per i Minorenni di Trento, confermata dalla sentenza della Corte di appello di Trento - Sezione Minorenni, di data 22 maggio 2008, divenuta irrevocabile il 23 ottobre 2008;

Visti la relazione ed il progetto inviati dall'U.E.P.E. di Trento, avendo il condannato superato il ventunesimo anno di età;

Viste le conclusioni formulate dalle parti:

il p.m., ha chiesto in via principale il rigetto allo stato della richiesta alla luce del disposto dell'art. 4-*bis*, legge n. 354/1975, come modificato dal d.l. n. 11/2009 convertito in legge n. 38/2009, rimettendosi in via subordinata alla valutazione del tribunale in merito alla costituzionalità della norma avuto riguardo alla peculiarità dell'esecuzione minorile;



il difensore di fiducia del condannato ha chiesto l'accoglimento della richiesta con accettazione del programma elaborato dall'U.E.P.E. di Trento, formalizzando in caso negativo eccezione di incostituzionalità del novellato art. 4-bis, legge n. 354/1975 con riferimento al principio costituzionale di recupero e risocializzazione del condannato.

Ritenuto che allo stato della normativa vigente il tribunale dovrebbe dichiarare l'inammissibilità della richiesta o il rigetto della stessa, tenuto conto del coordinato disposto degli artt. 656, comma 9, cpp e dell'art. 4-bis, legge n. 354/1975, senza alcuna possibilità di valutare la specifica situazione dell'imputato e la modalità esecutiva più idonea a garantire il mantenimento del percorso di reinserimento sociale attuato: ne consegue pertanto l'indubbia rilevanza della verifica della legittimità costituzionale di tali disposizioni relativamente all'esecuzione di condanne inflitte ad imputati minorenni, dal momento che è tuttora vigente la disposizione transitoria di cui all'art. 79, legge n. 354/1975.

Ritenuto che la questione di legittimità costituzionale delle norme richiamate non appare manifestamente infondata atteso che la rigidità delle richiamate previsioni normative mal si conciliano con il disposto dell'art. 27 della Costituzione (principio della rieducazione del condannato) soprattutto avuto riguardo ai condannati per fatti commessi da minorenni, per i quali può considerarsi sicuramente prevalente l'esigenza di garantirne il recupero sociale valorizzando le specifiche caratteristiche della personalità del singolo soggetto.

Visto che in merito alla necessità di una diversificazione della normativa generale nel caso di imputato e condannato minorenni possono essere richiamate le statuizioni di illegittimità costituzionale di cui alle sentenze n. 168/1994, 403/1997, 450/1998 e 436/1999: in particolare, è stata ribadita l'incompatibilità tra un divieto generalizzato ed automatico delle previsioni normative in tema di esecuzione penale con gli artt. 27 e 31 Costituzione, nel presupposto che la finalità della risocializzazione del condannato minorenni potesse e dovesse essere garantita da valutazioni flessibili ed individualizzate.

Ritenuto che le considerazioni svolte dalla Corte nelle predette sentenze risultano ampiamente pertinenti anche nel caso in esame, dal momento che l'esclusione rigida delle misure alternative alla detenzione sulla base della mera tipologia dei delitti e prima del decorso di almeno un anno di permanenza in carcere, senza alcun margine di valutazione discrezionale da parte dell'autorità giudiziaria in merito alla situazione specifica del condannato ed alla modalità esecutiva più adatta a garantire il rispetto dei richiamati principi costituzionali, risulta ostativa al recupero sociale del condannato: non va dimenticato che nel caso concreto la condanna da eseguire nei confronti del T. è rimasta unica e che la condotta successiva dello stesso non ha dato adito ad altre censure, con la conseguenza che, a distanza di oltre quattro anni dai fatti ed a fronte della positiva evoluzione di crescita del ricorrente, impegnato nel lavoro e nel volontariato, l'inevitabile impatto carcerario, in mancanza di qualsiasi possibilità di diversa valutazione da parte dell'autorità giudiziaria, ne potrebbe compromettere in modo radicale l'avvenuto recupero e risocializzazione.

P. Q. M.

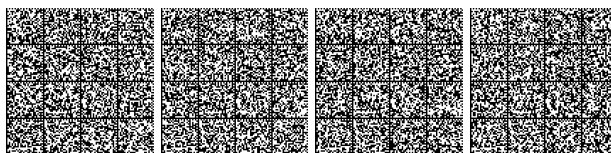
Solleva questione di legittimità costituzionale degli artt. 656, comma 9, c.p.p. e 4-bis, legge n. 354/1975, nella parte in cui si riferiscono anche a condannati per fatti commessi da minorenni, per contrasto con gli artt. 27, terzo comma, e 31, secondo comma, della Costituzione.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il procedimento in corso.

Ordina che a cura della cancelleria l'ordinanza sia trasmessa alla Corte costituzionale, sia notificata alle parti in causa, al pubblico ministero, al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso in Trento, il 2 luglio 2009.

Il Presidente estensore: SANTANIELLO



N. 251

*Ordinanza del 19 maggio 2009 emessa dal Tribunale di Agrigento
nel procedimento penale a carico di Saber Abdelilah*

Reati e pene - Circostanze aggravanti comuni - Previsione quale circostanza aggravante comune del fatto commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale - Violazione del principio di uguaglianza, per la disparità di trattamento rispetto ad analoghe condotte poste in essere da cittadini italiani o stranieri regolari - Violazione del principio di ragionevolezza, per la connessione dell'aumento di pena a condotte antecedenti al fatto che non hanno legame con questo, a prescindere dalla valutazione del giudice della pericolosità sociale - Contrasto con il principio di offensività.

- Codice penale, art. 61, primo comma, n. 11-*bis*, aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. *f*), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, nella legge 24 luglio 2008, n. 125.
- Costituzione, artt. 3, 25 e 27.

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, comma uno, n. 11-*bis* c.p., in relazione agli artt. 3, 25 e 27 Cost.

Premessa.

In data 21 febbraio 2009, Saber Abdelilah, nato in Marocco il 1° agosto 1976, veniva presentato in stato di arresto dinanzi al presente giudice ai sensi dell'art. 558 c.p.p. per essere giudicato con il rito direttissimo dei seguenti reati tutti commessi in data 20 febbraio 2009:

a) delitto p. e p. dagli artt. 61, n. 11-*bis*, 337 c.p. perché usava violenza per opporsi a pubblici ufficiali in servizio presso il distaccamento speciale delle Forze dell'ordine operante in Lampedusa, in particolare scagliandosi contro il car. sc. Gianmarco Cau colpendolo al volto con due schiaffi al fine di sottrarsi ai controlli operati a suo carico, con l'aggravante dell'aver commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale;

b) delitto p. e p. dagli artt. 61, 10 e 11-*bis*, 582, comma 1 e 2, c.p., perché, con la condotta di cui alla superiore lettera *a)*, cagionava al car. sc. Gianmarco Cau lesioni giudicate guaribili in giorni 3 s.c.; con le aggravanti dell'aver commesso il fatto nei confronti di un pubblico ufficiale, nell'atto ed a causa dell'adempimento delle sue funzioni e mentre si trovava illegalmente nel territorio nazionale.

All'udienza del 21 febbraio 2009, il giudice provvedeva a convalidare l'arresto applicando la misura dell'obbligo di presentazione alla P.G. Instauratosi il giudizio direttissimo, il difensore chiedeva termine a difesa.

Dopo ripetuti rinvii addebitabili all'impedimento dell'imputato, all'udienza del 19 maggio 2009, a seguito dell'istanza del difensore munito di procura speciale, il giudice disponeva procedersi nelle forme del rito abbreviato e sentite le parti si ritirava in camera di consiglio.

All'esito, ritenutane la rilevanza e la non manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 23, legge 11 maggio 1953, n. 87, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-*bis* c.p.

Rilevanza della questione di costituzionalità.

Gli elementi di prova acquisiti in atti consentono di ritenere provata la responsabilità dell'imputato in ordine alle fattispecie contestategli.

Dal verbale di arresto e dalla comunicazione di notizia di reato emerge che il Saber Abdelilah, di nazionalità marocchina (*cf.* dichiarazioni rese in sede di convalida e scheda monitoraggio sbarchi clandestini), in data 20 febbraio 2009 fu fermato per identificazione a Lampedusa dal carabiniere scelto Gianmarco Cau il quale esibiva il suo tesserino di riconoscimento. L'imputato reagì colpendo il carabiniere con due schiaffi e tentando la fuga, ma fu fermato subito e accompagnato al C.I.E. di Lampedusa per l'identificazione. Dal referto medico in atti risulta una proposi di giorni tre per la persona offesa dovuta a trauma contusivo al volto.

Il Saber Adelilah era ospitato al C.I.E. di Lampedusa in quanto sbarcato sull'isola insieme ad altre 220 persone il 20 gennaio 2009 in assenza di permesso di soggiorno.



Alla luce del quadro istruttorio sopra rassegnato, risulta provata la condotta descritta ai capi *a)* e *b)* dell'imputazione in quanto l'imputato ha procurato lesioni al Cau per impedire che questi nell'esercizio delle sue funzioni procedesse alla sua identificazione e risulta, inoltre, provata anche la sussistenza della contestata circostanza aggravante prevista dall'art. 61, n. 11-*bis* c.p., introdotto dall'art. 1, lett. *f)*, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92.

La necessità di procedere alla determinazione della pena in ordine ai reati indicati ai capi *a)* e *b)*, entrambi aggravati dalla circostanza prevista dall'art. 61, n. 11-*bis* c.p., rende pregiudiziale la risoluzione del dubbio di legittimità costituzionale della suddetta norma, che, per i motivi che si indicano di seguito, appare non manifestamente infondato.

Non manifesta infondatezza della questione.

1. — Il legislatore con la legge n.125 del 2008 ha aggiunto al novero delle aggravanti comuni previste dall'art. 61, primo comma, c.p. quella di chi ha commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale (n. 11-*bis*).

L'aggravante così introdotta pare fondarsi sulla maggiore capacità a delinquere del reo a cui può muoversi un duplice rimprovero:

la precedente condotta illegale con cui ha violato le norme sull'ingresso e la permanenza degli stranieri in Italia e la permanente ed attuale condizione di illegalità derivante dall'assenza del permesso di soggiorno o del visto d'ingresso.

La maggiore meritevolezza di pena, parrebbe fondarsi, da una parte, sul fatto che il reo si è reso responsabile in precedenza di una violazione delle norme di legge regolanti l'ingresso o la permanenza dello straniero nel territorio italiano, dall'altra, sulla maggiore pericolosità di tale soggetto che si trova in Italia nella condizione di irregolarità o clandestinità.

2. — Questa essendo la *ratio* della norma, non sembra infondato il dubbio di costituzionalità della stessa sotto il profilo della violazione del principio di offensività del diritto penale ricavabile dagli artt. 25 e 27 Cost. e del principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Appare dubbio, infatti, con riferimento al principio di offensività del diritto penale, che possano rimproverarsi al reo precedenti condotte illecite, quali la violazione delle norme regolanti l'immigrazione degli stranieri nel territorio italiano, che con il fatto reato sono in rapporto di mera antecedenza cronologica senza che vi sia anche una correlazione fondata sull'affinità con i beni - interessi protetti dalle diverse norme violate ovvero sulla pericolosità della precedente condotta illecita rispetto al bene tutelato dalla norma penale successivamente violata.

Nella misura in cui il bene protetto dalla norma penale (ad esempio il patrimonio, la libertà personale, l'incolumità individuale, etc...) non ha attinenza con il controllo dei flussi migratori a cui presiedono le norme sull'ingresso e la permanenza in Italia degli stranieri, sembra irragionevole che la precedente violazione venga punita mediante l'aggravante in occasione del reato commesso sul territorio italiano senza che tra l'una e l'altra violazione vi sia alcun valido nesso.

Conseguentemente, avuto riguardo al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., con tale aggravante si applica al fatto commesso dallo straniero irregolare o clandestino una pena più elevata rispetto ad analoghe condotte poste in essere da cittadini italiani o stranieri regolari, senza alcun elemento che valga a rendere il reato del primo meritevole di una pena maggiore rispetto al reato commesso dai secondi.

3. — La difficoltà di giustificare in chiave di pari trattamento, ragionevolezza e offensività l'aggravante introdotta con la legge citata non sembra poter essere superata con la considerazione che il legislatore non si limita a prendere in considerazione la mera precedente violazione ma il conseguente ed attuale status di irregolare o clandestino perdurante al momento della commissione del fatto.

Non sembra, infatti — anche sulla scorta di alcune considerazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 22/2007 in ordine alla non traducibilità del fenomeno dell'immigrazione clandestina in un mero problema di ordine pubblico — che tale condizione possa legittimamente essere individuata come indice di pericolosità del soggetto agente: nulla, infatti, può far ritenere che chi giunga o rimanga in Italia in violazione delle leggi sull'ingresso e la permanenza degli stranieri manifesti una propensione a delinquere.

Lo stato di illegalità dello straniero, può, al più e con buona approssimazione, indicare una situazione di indigenza del reo, dal momento che la legislazione italiana subordina il rilascio del visto e del permesso di soggiorno al possesso di adeguati mezzi economici ovvero alla titolarità di un lavoro regolare (*cf.* artt. 4, comma 3, 5 e 21 e segg. d.lgs. n. 286/1998).

Far discendere da tale presunta condizione di indigenza, un'ulteriore presunzione di pericolosità sembra comportare una criminalizzazione di condizioni di vita del reo che solo in via lontana ed ipotetica sono collegate con l'offesa al bene protetto dalla norma incriminatrice. Tanto più che, anche a voler individuare nella situazione di bisogno eco-



nomico o indigenza in cui versa l'immigrato clandestino o irregolare un valido indice di pericolosità, tale condizione, non gli è in alcun modo rimproverabile.

L'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis* c.p. viene, dunque, da un lato, ad imputare al reo uno status — quello di immigrato clandestino — che di per sé non presenta attinenza con gli interessi protetti dalle norme incriminatrici e non esprime una maggiore capacità a delinquere; dall'altro, indirettamente, una condizione di bisogno e precarietà economica che, innanzitutto, non è riferibile di per sé ad una scelta colpevole del reo, e, in ogni caso, non può certo ritenersi una conseguenza di tale violazione.

4. — Il sospetto di incostituzionalità è, dunque, ingenerato:

dalla difficile compatibilità tra la norma e il principio di offensività del diritto penale nella misura in cui si puniscono condotte prive di disvalore rispetto al bene protetto dalla fattispecie penale;

dall'irragionevolezza di riconnettere un aumento di pena a condotte antecedenti al fatto che non hanno alcun legame con questo;

dall'ingiustificata disparità di trattamento derivante dalla punizione di un medesimo fatto di reato in modo diverso in relazione ad una circostanza — lo stato di clandestinità o irregolarità — che non rileva né sulla gravità del fatto né sulla capacità a delinquere del reo.

5. — Il dubbio è rafforzato dalla comparazione della aggravante in parola con altre aggravanti analoghe già presenti nel nostro ordinamento.

Da tale raffronto emerge, infatti, che, sebbene l'attuale legislazione conosca diverse ipotesi in cui al fine di un aggravamento di pena si valutano condotte precedenti e status personali del reo, in tanto ciò accade in quanto a chi deve applicare tali norme sia consentito valutare in concreto l'incidenza di tali precedenti condotte sulla capacità a delinquere del reo e sulla gravità del reato ovvero in quanto tali status derivino da un precedente accertamento in concreto della maggiore pericolosità del reo e dell'intensità della sua indole criminale.

Il fatto, dunque, che la aggravante in parola non consenta al giudice di valutare in concreto la personalità del reo e che, inoltre, fondi la presunzione di pericolosità su una violazione amministrativa che non consegue ad un giudizio di pericolosità in concreto non fa che confermare la difficoltà di armonizzare la nuova aggravante con il principio costituzionale di offensività del diritto penale.

5.1. — Viene in rilievo, innanzitutto, il confronto con la disciplina della recidiva che, analogamente a quanto è stabilito dall'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis* c.p., prevede un aumento di pena nei confronti del reo che abbia in precedenza posto in essere una condotta illecita.

La prima differenza evidente è che l'aggravante di cui all'art. 99 c.p. si applica a chi ha commesso in precedenza delitti non colposi mentre l'aggravante dell'art. 61, n. 11-*bis* c.p. si applica a chi ha commesso una violazione amministrativa.

Tale differenza di presupposti sebbene significativa non sembra, però, essere decisiva in quanto il legislatore nella sua discrezionalità può ben ritenere che una violazione amministrativa possa essere indice di maggiore capacità a delinquere.

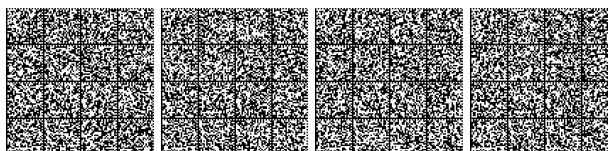
La differenza più rilevante è che sembra suffragare il giudizio di incostituzionalità della norma in questione, attiene, invece, alle modalità di applicazione di tali aggravanti.

Com'è noto, in relazione al riconoscimento della recidiva, infatti, il giudice è chiamato a compiere una preliminare valutazione delle precedenti condanne del reo per verificare se l'ulteriore reato sia indice di una accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità (così Corte cost. n. 192 del 14 giugno 2007).

Tale giudizio in tanto è possibile in quanto il legislatore, a seguito della novella introdotta con la legge 7 giugno 1974, n. 220 — e salvo l'ipotesi del quinto comma dell'art. 99 c.p. — ha utilizzato l'espressione «può» che ha lasciato al giudice la facoltà di decidere se riconoscere o meno l'aggravante in relazione ai summenzionati criteri di giudizio (colpevolezza e pericolosità).

Nell'applicazione dell'aggravante dell'art. 61, n. 11-*bis* c.p., invece, non è consentita al giudice l'operazione volta a selezionare in concreto le ipotesi in cui la violazione delle norme sull'ingresso degli stranieri da parte del reo effettivamente determina una maggiore meritevolezza di pena da quelle in cui, invece, tale condotta antecedente del reo rimanga neutra ai fini del giudizio sulla sua capacità a delinquere.

Il legislatore, infatti, non ha lasciato al giudice tale discrezionalità e, come nelle altre ipotesi di circostanze aggravanti indicate nell'art. 61 c.p., ne ha imposto l'applicazione salvo la scelta della misura dell'aumento di pena ovvero del bilanciamento con eventuali attenuanti.



In tal modo, dunque, a differenza di quanto accade per il recidivo — che, pure, in precedenza ha commesso una violazione penalmente rilevante — si è stabilita una presunzione assoluta di maggiore capacità a delinquere del soggetto che ha posto in essere una precedente violazione amministrativa, senza possibilità di riscontrare concretamente tale giudizio normativo con altri elementi di fatto.

5.2. — Considerazioni analoghe valgono nel raffronto tra la aggravante dell'art. 61, n. 11-*bis* c.p., e le ipotesi di legge in cui vengono in rilievo status personali ai fini della determinazione della pena.

Presentano attinenza con la norma in questione, in particolare, l'aggravante di cui all'art. 61, n. 6 c.p., che si applica a chi ha commesso il fatto mentre si sottraeva volontariamente ad un ordine di cattura e l'aggravante di cui all'art. 7, legge n. 575/1965 che si applica, solo in relazione ad alcuni reati, quando siano commessi da chi è stato sottoposto ad una misura di prevenzione, nel periodo di vigenza della misura ovvero nei tre anni successivi.

Da un approfondimento delle norme ora citate emerge con evidenza la maggiore concretezza del giudizio di pericolosità e di riprovevolezza presupposto da tali norme rispetto a quello implicito nell'aggravante introdotta con la legge citata.

E, infatti, quanto all'aggravante prevista all'art. 61, n. 6 c.p., si osserva che, mentre quest'ultima si riferisce a soggetti che sono stati ritenuti pericolosi sulla base di un accertamento di fatto e di seri indizi in ordine alla commissione di un reato di una certa gravità tanto da giustificare una misura custodiale, nel caso dell'art. 61 n.11-*bis*, c.p., l'aumento di pena si riferisce a soggetti che hanno compiuto una violazione amministrativa e rispetto ai quali, non è stata espressa nessuna valutazione concreta di pericolosità sulla base di un provvedimento specifico.

Inoltre, mentre la prima aggravante si applica a chi con il sottrarsi volontariamente alla cattura ha posto in essere una condotta che è di per sé ragione di allarme, la seconda si applica allo straniero clandestino o irregolare per il solo fatto della violazione delle norme sull'ingresso e la permanenza in Italia degli stranieri senza che rilevi una successiva condotta volta a sottrarsi alle conseguenze di tale violazione.

E le stesse considerazioni possono farsi con riferimento all'aggravante prevista dall'art. 7, legge n. 575/1965: i soggetti per i quali è previsto tale aumento di pena sono stati giudicati pericolosi da un Tribunale ai sensi della legge n. 1423/1956 ovvero della legge n. 575/1965 e ad essi si applica l'aumento di pena solo in quanto abbiano compiuto determinate ipotesi di reato e solo se il fatto sia stato commesso entro un certo periodo di tempo (fino a tre anni dalla cessazione della misura).

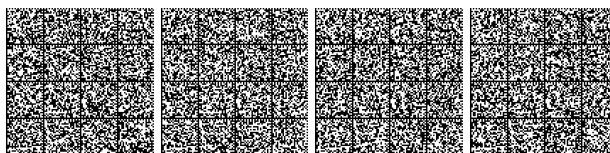
Al contrario, l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11 c.p., si applica a tutti i reati commessi dallo straniero e pur quando sia trascorso molto tempo dalla violazione delle norme sull'immigrazione senza possibilità che il decorso del tempo possa incidere in alcun modo a meno che lo straniero perda la sua condizione di illegalità.

6. — L'attuale legislazione conferma, dunque, che in tanto può considerarsi lo status personale del reo ai fini di un aggravamento della pena, in quanto la pericolosità del soggetto si fonda su dati concreti e specifici (le esigenze cautelari della misura custodiale, ovvero il giudizio di pericolosità fondante l'applicazione di una misura di prevenzione) e purché tali dati manifestino un'indole criminale che giustifichi il giudizio di maggiore riprovevolezza del successivo fatto-reato commesso (i gravi indizi di reato e la sottrazione all'ordine di cattura del latitante, la personalità criminale fondante la misura di prevenzione).

Anche quando, come nel caso dell'aggravante della recidiva, l'aumento è connesso al dato formale dei precedenti penali, il legislatore affida al giudice il compito di verificare in concreto l'esistenza di una correlazione tra la precedente condotta delittuosa e quella posta in essere in chiave di maggiore capacità a delinquere.

La norma introdotta sembra discostarsi da questo schema sotto entrambi i profili: il giudizio di pericolosità è legato ad un dato formale, quale la condizione di illegalità, che prescinde da un accertamento concreto, e la maggiore riprovevolezza del reato commesso dallo straniero irregolare è affidata unicamente alla circostanza della violazione di carattere amministrativo delle norme sull'ingresso in Italia a prescindere da ogni altro dato che valga a supporre una propensione al crimine ovvero ad individuare nella precedente violazione amministrativa un antecedente non meramente cronologico ma in senso lato causale del reato di cui si è reso responsabile.

7. — In conclusione si osserva quanto segue: il principio di necessaria offensività del diritto penale costituisce un limite alla discrezionalità del legislatore nel senso di non consentire che per finalità di mera deterrenza siano introdotte sanzioni che non si ricollegano a fatti colpevoli ma, piuttosto, a modi d'essere ovvero ad una mera disobbedienza priva di disvalore (anche potenziale) per un determinato bene giuridico protetto (*cf.* Corte cost. n. 364/1988, n. 58/1995, n. 263/2000 e n. 354/2002).



Nell'ambito della disciplina delle circostanze del reato, tale principio sembra tradursi nella necessità di una relazione di adeguatezza tra la condotta o la situazione a cui è connesso l'aggravamento di pena e il fatto di reato, tale che questo non sia semplicemente la condizione al cui verificarsi si punisce un precedente illecito o una condotta di vita, ma, piuttosto, la realizzazione del pericolo che la norma in precedenza violata intendeva prevenire ovvero che la propria condotta di vita ingenerava.

La norma in questione, congegnata in modo tale da far discendere il suo riconoscimento automaticamente dall'accertamento dello stato amministrativo dello straniero immigrato, sembra porsi in contrasto con tali criteri traducendosi in una sanzione applicata in occasione della realizzazione di qualsiasi fatto di reato e senza che sia accertato alcun legame di adeguatezza tra tale fatto e la condotta o la condizione a cui è collegato l'aumento di pena.

Prescindendosi da ogni accertata messa in pericolo dei beni tutelati dalla norma penale violata e semplicemente applicandosi in occasione della violazione di quest'ultima, l'aggravante sembra punire una mera disobbedienza (violazione delle norme sull'ingresso nel territorio italiano) e un tipo d'autore (lo straniero clandestino o irregolare).

In questo senso non è manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis c.p., in relazione agli artt. 3, 25 e 27 Cost.

P. Q. M.

Visto l'art. 23, legge 11 marzo 1953, n. 87, ritenutane la rilevanza e la non manifesta infondatezza;

Solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, n.11-bis c.p., per contrasto con gli artt. 3, 25, comma due, e 27, commi uno e tre, della Costituzione.

Sospende il giudizio in corso e dispone la trasmissione degli atti dello stesso alla Corte costituzionale.

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.

Agrigento, addì 19 maggio 2009

Il giudice: D'ANDRIA

09C0592

N. 252

Ordinanza del 12 maggio 2009 emessa dalla Commissione tributaria regionale per la Toscana sul ricorso proposto da Elettrocantini di Cantini Roberto & C. S.r.l. contro Comune di Grosseto ed altra

Giurisdizioni speciali - Giurisdizione tributaria - Attribuzione alla giurisdizione delle commissioni tributarie delle controversie relative alla debenza del canone per lo smaltimento dei rifiuti urbani - Ricorso in appello proposto da contribuente destinatario di cartella di pagamento della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani relativamente all'anno 2003 - Ritenuto difetto di giurisdizione dell'adita commissione tributaria, sul presupposto della natura non tributaria della controversia *a quo* per effetto della sostituzione della suddetta tassa con la tariffa di igiene ambientale (attualmente, tariffa per la gestione dei rifiuti urbani), avente natura di corrispettivo, anziché di tributo - Denunciata violazione del divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali.

- Decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, art. 2, comma 2, secondo periodo, aggiunto dall'art. 3-bis, comma 1, lett. b), del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, nella legge 2 dicembre 2005, n. 248.
- Costituzione, art. 102, comma secondo.



LA COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE

Ha emesso la seguente ordinanza sull'appello n. 2024/08 depositato il 30 luglio 2008, avverso la sentenza n. 177/01/2006 emessa della Commissione tributaria provinciale di Grosseto, contro: Comune di Grosseto, proposto dal ricorrente Elettrocantini di Cantini Roberto & C. S.r.l., via dei Barberi, 22 - 58100 Grosseto, difeso da Cordeiro Guerra, Roberto e Dorigo Stefano, via de' Bardi, 28 - 50100 Firenze; altre parti coinvolte: Monte dei Paschi di Siena-Conc. serv. risc. Trib. Grosseto - 58100 Grosseto.

Atti impugnati: Cartella di pagamento n. 051 2004 00176590 64 TARSU/SMALT.RIF 2003.

Premesso che la Commissione tributaria provinciale di Prato, con sentenza n. 177/1/06 del 7 dicembre 2006, depositata il 29 maggio 2007, respingeva il ricorso della S.r.l. Elettrocantini di Cantini Roberto & C. nei confronti del Comune di Grosseto, terzo chiamato in causa la Concessionaria Banca Monte dei Paschi di Siena, avverso la cartella di pagamento della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (T.A.R.S.U.) relativa all'anno 2003, per l'importo di € 9.168,52;

la S.r.l. Elettrocantini ha proposto rituale appello, chiedendo la riforma della sentenza dei primi giudici e, previa dichiarazione di illegittimità della cartella di pagamento, la statuizione che nulla è dovuto per il titolo in questione ovvero l'annullamento dell'avviso.

Ritenuto che ritenuta l'ammissibilità del ricorso, per essere la cartella di pagamento in questione assimilabile ad un atto d'imposizione, rosi da rientrare tra quelli menzionati dall'art. 19 del d.lgs. n. 546/1992, lett. i), a questa Commissione regionale spetterebbe di affrontare l'esame delle questioni, proposte, all'atto introduttivo del giudizio di primo grado, e riproposte ora come motivi d'appello, concernenti la legittimità e il merito dell'atto, così esercitando la giurisdizione in ordine alla controversia riguardante la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, ora tariffa d'igiene ambientale, la tassa suddetta essendo stata soppressa dall'art. 49, comma 1, d.lgs. n. 22/1997, controversia attribuita appunto al giudice tributario dall'art. 2, d.lgs. n. 546, comma 2, come modif. dall'art. 3-bis del d.l. n. 203/2005;

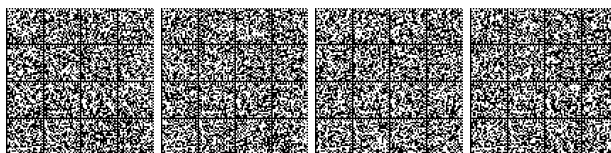
appare non manifestamente infondata la questione l'illegittimità costituzionale, che pertanto si intende sollevare d'ufficio, della disposizione da ultimo citata, con riferimento all'art. 102, secondo comma della Costituzione, sembrando che la tariffa di igiene ambientale non abbia natura di tributo, ed essendo da richiamare la decisione 14 marzo 2008, n. 64 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo il menzionato art. 2, comma 2, secondo periodo del d.lgs. n. 546/1992 nella parte in cui stabiliva che «appartengono alla giurisdizione tributaria anche le controversie relative alla debenza del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche ...»;

la Corte costituzionale, con la menzionata sentenza n. 64/2008, e con la successiva sentenza n. 130 del 5 maggio 2008 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dello stesso art. 2, comma 1, d.lgs. n. 546/1992, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione tributaria le controversie relative alle sanzioni comunque irrogate da uffici finanziari, anche laddove esse conseguano alla violazione di disposizioni non aventi natura tributaria), ha ribadito che l'oggetto della giurisdizione tributaria, in quanto organo speciale di giurisdizione preesistente alla Costituzione, può essere legittimamente modificato dal legislatore, con il doppio limite dell'«assicurare la conformità alla Costituzione» di tale giurisdizione, e di «non snaturare, come elemento essenziale e caratterizzante la giurisdizione speciale, le materie attribuite»;

la stessa Corte costituzionale ha altresì sottolineato (ord. n. 34 del 2006, richiamata nella sentenza n. 130) che l'attribuzione della giurisdizione alle commissioni tributarie «deve ritenersi imprescindibilmente collegata» alla «natura tributaria del rapporto» e non può quindi ancorarsi «al solo dato formale e soggettivo, relativo all'ufficio competente ad irrogare la sanzione» e neppure, si può aggiungere per quanto concerne la T.I.A., alle modalità coattive della riscossione (non dissimili da quelle, richiamate dall'art. 49, comma 15, del d.lgs. n. 22/1997) previste dal d.P.R. n. 602/1973, recante le norme per la riscossione delle imposte sul reddito;

nella sentenza n. 64 la Corte costituzionale ha negato la natura di imposizione tributaria della COSAP, rilevando trattarsi di corrispettivo della concessione dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici;

nella specie l'art. 49 d.lgs. n. 22/1997 (ed ora l'art. 238, d.lgs. n. 152/2006), costruisce la prestazione di cui si tratta come tariffa che copra «i costi per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti di qualunque natura o provenienza giacenti sulle strade ed aree pubbliche e soggette ad uso pubblico» (comma 2), e stabilisce (comma 4) che essa è composta di una quota determinata in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio, e da una quota «rapportata alla quantità dei rifiuti conferiti, al servizio fornito e all'entità dei costi di gestione», al suddetto fine di assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio;



tali disposizioni (e quelle ulteriori relative ad esempio alla modulazione della tariffa e al coefficiente di riduzione corrispondente alla dimostrazione della quantità di rifiuti avviati al recupero: comma 10 e 14) sembrano offrire elementi sufficienti per attribuire alla tariffa in questione la natura di corrispettivo di un servizio, corrispettivo commisurato al costo del servizio medesimo e all'entità della fruizione di esso da parte del privato, tutto ciò ponendo quindi giustificati dubbi sulla natura tributaria del relativo onere e autorizzando la conclusione in ordine alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma dell'art. 2, comma 2, cit. attributiva della giurisdizione in materia a questo organo di giustizia tributaria;

a tale proposito non sembra privo di significato che nella presente controversia si discuta in sostanza della legittimità della delibera della Giunta comunale di Grosseto (n. 135 del 4 marzo 2003), sui punti della diversificazione delle tariffe in rapporto alle differenti tipologie degli immobili, dei costi previsti per lo svolgimento del servizio, raffrontati con quelli sostenuti negli esercizi precedenti, dei dati e delle circostanze che hanno condotto all'incremento della percentuale di copertura dei costi;

la questione, per quanto sopra ritenuta non manifestamente infondata, è poi rilevante, poiché al suo accoglimento conseguirebbe il difetto di giurisdizione di questa commissione tributaria a conoscere della controversia.

P. Q. M.

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

Ritenendone la rilevanza e la non manifesta infondatezza, solleva questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 102, secondo comma della Costituzione, dell'art. 2, comma 2 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione delle commissioni tributarie le controversie in materia di tariffa d'igiene ambientale, già tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani;

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso;

Dispone che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa e al Presidente del Consiglio dei ministri, e che venga comunicata ai Presidenti delle due Camere.

Firenze, addì 7 aprile-12 maggio 2009

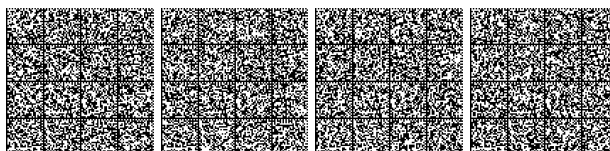
Il Presidente relatore: SORESINA

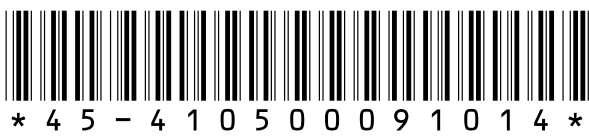
09C0593

ITALO ORMANNI, *direttore*

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

(GU-2009-GUR-041) Roma, 2009 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. - S.





€ 2,00

