

1^a SERIE SPECIALE

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

Anno 151° - Numero 10

GAZZETTA  **UFFICIALE**
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PARTE PRIMA

Roma - Mercoledì, 10 marzo 2010

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

SENTENZE ED ORDINANZE DELLA CORTE

N. **81.** Sentenza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Impiego pubblico - Incarichi dirigenziali, conferiti prima del 17 maggio 2006, a personale non dipendente da pubbliche amministrazioni (art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001) - Cessazione *ex lege* ove non confermati entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge n. 262 del 2006 (cd. *spoils system*) - Eccezione inammissibilità della questione per difetto di giurisdizione del giudice *a quo* - Reiezione.

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

Impiego pubblico - Incarichi dirigenziali, conferiti prima del 17 maggio 2006, a personale non dipendente da pubbliche amministrazioni (art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001) - Cessazione *ex lege* ove non confermati entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge n. 262 del 2006 (cd. *spoils system*) - Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e continuità dell'azione amministrativa - Illegittimità costituzionale in parte qua.

- D.l. 3 ottobre 2006, n. 262 (convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2006, n. 286), art. 2, comma 161.
- Costituzione, artt. 97 e 98. Pag. 1

N. **82.** Sentenza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Minori - Figli naturali - Procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati - Applicabilità della disciplina di cui alla legge n. 54 del 2006 - Sussistenza, secondo il diritto vivente, della competenza del giudice minorile in ordine all'assegno di mantenimento del minore solo se richiesto contestualmente a misure relative all'affidamento - Lamentata mancata previsione di una generalizzata competenza del tribunale per i minorenni in ordine alle decisioni sul mantenimento del figlio naturale riconosciuto - Denunciata irrazionalità nonché violazione del principio di uguaglianza - Esercizio non irragionevole della discrezionalità legislativa - Non fondatezza della questione.

- Legge 8 febbraio 2006, n. 54, art. 4, comma 2.
- Costituzione, art. 3.

Minori - Figli naturali - Procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati - Applicabilità della disciplina di cui alla legge n. 54 del 2006 - Sussistenza, secondo il diritto vivente, della competenza del giudice minorile in ordine all'assegno di mantenimento del minore solo se richiesto contestualmente a misure relative all'affidamento - Lamentata mancata previsione di una generalizzata competenza del tribunale per i minorenni in ordine alle decisioni sul mantenimento del figlio naturale riconosciuto - Denunciata violazione dei principi del giudice naturale e della ragionevole durata del processo - Questione priva di motivazione - Manifesta inammissibilità.

- Legge 8 febbraio 2006, n. 54, art. 4, comma 2.
- Costituzione, artt. 25 e 111. Pag. 7



N. 83. Sentenza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Reati e pene - Configurazione come delitto, limitatamente alle aree geografiche in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, di condotte penalmente irrilevanti o punite a titolo di contravvenzione nel restante territorio nazionale - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza e della riserva di legge in materia penale, nonché asserita carenza dei presupposti di necessità e urgenza richiesti per la decretazione d'urgenza - Esclusione - Non fondatezza delle questioni.

- D.l. 6 novembre 2008, n. 172 (convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 dicembre 2008, n. 210), art. 6, lett. a) e d).
- Costituzione, artt. 3, 25, secondo comma, e 77, secondo comma.....

Pag. 10

N. 84. Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Imposte e tasse - Tassa sulle merci imbarcate e sbarcate (cd. tassa portuale) - Assoggettamento alla tassa delle operazioni svolte su qualsiasi struttura di ormeggio - Asserito ampliamento retroattivo del presupposto impositivo con norma autoqualificata interpretativa - Conseguente ritenuta violazione del principio di ragionevolezza e dell'affidamento, con invasione della sfera riservata al potere giudiziario - Eccepita inammissibilità per omesso esperimento, ad opera del rimettente, di soluzione interpretativa costituzionalmente orientata - Reiezione.

- Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 986.
- Costituzione, artt. 3, 101, 102 e 104.

Imposte e tasse - Tassa sulle merci imbarcate e sbarcate (cd. tassa portuale) - Assoggettamento alla tassa delle operazioni svolte su qualsiasi struttura di ormeggio - Asserito ampliamento retroattivo del presupposto impositivo con norma autoqualificata interpretativa - Conseguente ritenuta violazione del principio di ragionevolezza e dell'affidamento, con invasione della sfera riservata al potere giudiziario - Insufficiente motivazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza della questione - Manifesta inammissibilità.

- Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 986.
- Costituzione, artt. 3, 101, 102 e 104.

Pag. 16

N. 85. Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Responsabilità civile - Risarcimento del danno derivante da sinistro stradale - Azione diretta del danneggiato nei confronti della propria compagnia assicuratrice e non anche nei confronti del responsabile civile e della compagnia assicuratrice di quest'ultimo - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza e del diritto di difesa, nonché asserito eccesso di delega - Omessa motivazione sulla rilevanza della questione e omessa descrizione della fattispecie - Carente motivazione in ordine ad uno degli evocati parametri - Censura riferita a norma regolamentare - Mancata sperimentazione della possibilità di pervenire ad un'interpretazione conforme a Costituzione - Manifesta inammissibilità della questione.

- D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 149.
- Costituzione, artt. 3, 24 e 76; legge 29 luglio 2003, n. 229, art. 4, comma 1.....

Pag. 20



N. 86. Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio sull'ammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

Parlamento - Immunità parlamentari - Procedimento penale per il reato di diffamazione a mezzo stampa a carico di un deputato - Deliberazione di insindacabilità delle opinioni del parlamentare adottata dalla Camera dei deputati - Ricorso per conflitto di attribuzione promosso dal Tribunale di Roma - Sussistenza dei requisiti soggettivo ed oggettivo per l'instaurazione del conflitto - Ammissibilità del ricorso - Comunicazione e notificazione conseguenti.

- Delibera della Camera dei deputati 19 dicembre 2008 (Doc. IV-quater, n. 3).
- Costituzione, art. 68, primo comma; legge 11 maggio 1953, n. 87, art. 37. Pag. 22

N. 87. Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Salute (tutela della) - Trattamenti sanitari obbligatori - Norme della Regione Veneto - Sospensione degli obblighi vaccinali previsti da leggi statali solo per tutti i nuovi nati a far data dal 1° gennaio 2008 - Ritenuta disparità di trattamento tra cittadini a seconda che siano nati prima o dopo la data indicata nella norma regionale - Difetto di motivazione sulla rilevanza della questione per carente descrizione della fattispecie - Manifesta inammissibilità.

- Legge della Regione Veneto 23 marzo 2007, n. 7, art. 1.
- Costituzione, art. 3. Pag. 24

N. 88. Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Patrocinio a spese dello Stato - Procedimento civile - Onorari e spese dovuti al difensore di parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato - Prevista liquidazione anche nel caso in cui il difensore proponga un'impugnazione dichiarata inammissibile - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza e di ragionevole durata del processo - Parziale ricostruzione del quadro normativo di riferimento - Manifesta infondatezza della questione.

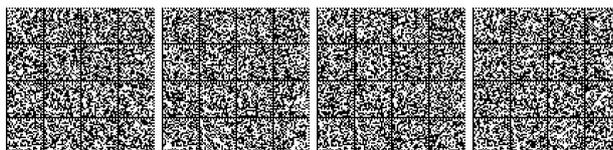
- D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 131.
- Costituzione, artt. 3 e 111. Pag. 27

N. 89. Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Misure di prevenzione - Inosservanza degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno - Trattamento sanzionatorio - Reclusione da uno a cinque anni - Denunciata irragionevole disparità di trattamento dei trasgressori ed asserita lesione dei principi di proporzionalità e della finalità rieducativa della pena - Omessa formulazione di uno specifico *petitum* - Erronea ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento - Manifesta inammissibilità della questione.

- Legge 27 dicembre 1956, n. 1423, art. 9, comma secondo, come sostituito dall'art. 14 del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155.
- Costituzione, artt. 3 e 27, terzo comma. Pag. 29



N. 90. Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Appalti pubblici - Norme della Regione Veneto - Disciplina per la realizzazione, le verifiche di conformità e il collaudo degli impianti sciistici e delle piste - Rinvio alle norme della legge regionale n. 27 del 2003 anziché alla disciplina del codice dei contratti pubblici - Ricorso del Governo - Sopravvenienza, in prossimità dell'udienza pubblica, di modifica legislativa della normativa regionale censurata - Richiesta di rinvio del giudizio, cui ha aderito la parte resistente - Rinvio della causa a nuovo ruolo.

- Legge della Regione Veneto 21 novembre 2008, n. 21, artt. 24, comma 4, e 40, comma 4.
- Costituzione, artt. 97 e 117, secondo comma, lett. e) ed l).....

Pag. 32

N. 91. Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Reati e pene - Atti contrari alla pubblica decenza - Mancata abrogazione o depenalizzazione limitatamente all'ipotesi di condotta colposa - Denunciata irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio rispetto al delitto di atti osceni, nonché asserita lesione dei principi di colpevolezza e della finalità rieducativa della pena - Contraddittorietà e carente descrizione della fattispecie concreta, con conseguente impossibilità di verifica della rilevanza - Formulazione di un *petitum* oscuro o, comunque, segnato dalla prospettazione di soluzioni alternative - Manifesta inammissibilità della questione.

- D.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, art. 44; legge 25 giugno 1999, n. 205, artt. 1 e 7, comma 1, lett. c); cod. pen., art. 726.
- Costituzione, artt. 3 e 27.

Pag. 34

N. 92. Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010.

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Impiego pubblico - Norme della Regione Marche - Modalità di stabilizzazione del personale non dirigenziale - Ricorso del Governo - Ritenuta difformità con la disciplina statale in materia - Eccepite disparità di trattamento e violazione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa - Rinuncia al ricorso in assenza di parte costituita - Estinzione del processo.

- Legge della Regione Marche 24 dicembre 2008, n. 37, art. 9, commi 2 e 3.
- Costituzione, artt. 3 e 97; norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, art. 23.

Pag. 37

ATTI DI PROMOVIAMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 12. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010 (della Regione Liguria).

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza - Ricorso della Regione Liguria - Denunciata violazione della



competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. *b)* e *d)*, modificative, rispettivamente, dei commi 2, 3, 4 e 8 dell'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.
- Costituzione, artt. 117, primo, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto comma, 118, primo e secondo comma, e 119; legge 30 dicembre 1989, n. 439; Carta europea dell'autonomia locale 15 ottobre 1985, artt. 3 e 4.

Pag. 39

- N. 13. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010 (della Regione Emilia-Romagna).

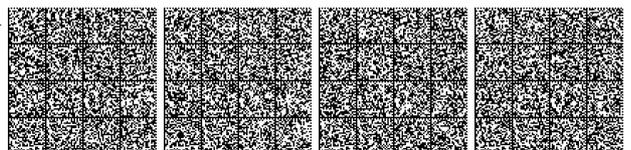
Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di regolamento governativo - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di vincoli in violazione del principio di tutela dell'affidamento connesso alla responsabilità regionale - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza - Ricorso della Regione Emilia-Romagna - Denunciata violazione della competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, lesione dell'autonomia finanziaria regionale, violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n.135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. *b)*, *c)*, *d)*, *e)*, *f)* e *g)*, di modifica dell'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133, a sua volta modificativo dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.
- Costituzione, artt. 114, 117, primo, secondo, quarto e sesto comma, 118 e 119; legge 30 dicembre 1989, n. 439.

Pag. 47

- N. 14. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010 (della Regione Umbria).

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza, e, in subordine, limitazione della potestà regionale attraverso



norme di dettaglio - Ricorso della Regione Umbria - Denunciata violazione della competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario, lesione dell'autonomia finanziaria degli enti locali.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n.135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. *b)* e *d)*, modificative, rispettivamente, dei commi 2, 3, 4 e 8 dell'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.
- Costituzione, artt. 117, primo, secondo e quarto comma, 118, primo e secondo comma, e 119; Carta europea dell'autonomia locale del 15 ottobre 1985, artt. 3 e 4; legge 30 dicembre 1989, n. 439; legge della Regione Umbria 5 dicembre 1997, n. 43, art. 8.....

Pag. 56

- N. 15. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 29 gennaio 2010 (della Regione Marche).

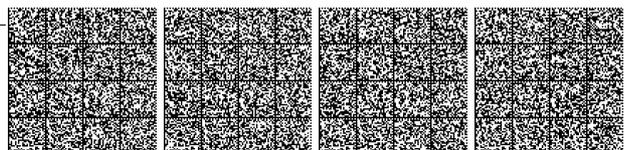
Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Applicazione necessaria di tale disciplina al servizio idrico integrato - Ritenuta impossibilità di qualificare il servizio idrico della Regione come servizio a rilevanza economica, e conseguente spettanza del servizio medesimo alla potestà regolamentare dell'Autorità d'ambito o, in subordine, alla potestà legislativa residuale della Regione - Estremo dettaglio della disciplina transitoria - Lamentato svuotamento della proprietà pubblica del demanio idrico regionale e locale - Contrasto con il diritto comunitario che consentirebbe libertà di scelta del modello per la conformazione dei servizi di interesse generale - Ricorso della Regione Marche - Denunciata violazione della competenza legislativa della Regione nella materia residuale dei servizi pubblici locali e della potestà regolamentare degli enti locali, violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità, violazione del patrimonio pubblico regionale e locale, violazione del vincolo di osservanza delle norme comunitarie - Richiesta di eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n.135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, commi 1 e 1-*ter*, modificativi dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.
- Costituzione, artt. 117, primo, quarto e sesto comma, e 119, sesto comma; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 143, comma 1, e 153; trattato CE, artt. 14 e 106.....

Pag. 64

- N. 16. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 29 gennaio 2010 (della Regione Piemonte).

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Applicazione necessaria della disciplina anche al servizio idrico integrato - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, indebita limi-



tazione della autonomia regionale e degli enti locali in materia di organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali, indebita previsione di disciplina puntuale e dettagliata, indebita disposizione e svalutazione del patrimonio degli enti locali - Ricorso della Regione Piemonte - Denunciata violazione dell'autonomia regionale e degli enti locali, violazione della competenza legislativa regionale, violazione dei principi di autorganizzazione e di buon andamento dell'amministrazione, di autonomia normativa nella disciplina delle funzioni, di ragionevolezza, di proporzionalità ed adeguatezza, violazione del vincolo di osservanza delle norme comunitarie.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. b) e d) (modificative dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133), e comma 1-ter.
- Costituzione, artt. 3, 5, 23, 42, 97, 114, 117, primo, secondo, terzo, quarto e sesto comma, e 118; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 113; legge della Regione Piemonte 13 dicembre 1997, n. 13; legge della Regione Piemonte 24 ottobre 2002, n. 24; trattato CE, art. 5. . . .

Pag. 80

N. 53. Ordinanza del Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, comma terzo, e 97, primo comma.

Pag. 90

N. 54. Ordinanza del giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

Pag. 94

N. 55. Ordinanza dal Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

Pag. 98



N. 56. Ordinanza del Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

Pag. 102

N. 57. Ordinanza del Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

Pag. 106

N. 58. Ordinanza del Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

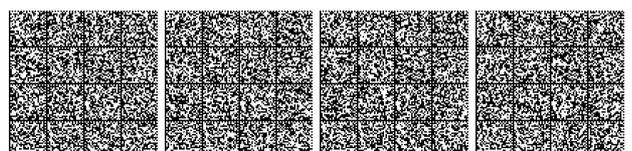
Pag. 110

N. 59. Ordinanza del Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

Pag. 114



N. 60. Ordinanza del Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

Pag. 118

N. 61. Ordinanza del Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

Pag. 122

N. 62. Ordinanza del Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

Pag. 126

N. 63. Ordinanza del Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

Pag. 130



N. 64. Ordinanza del Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

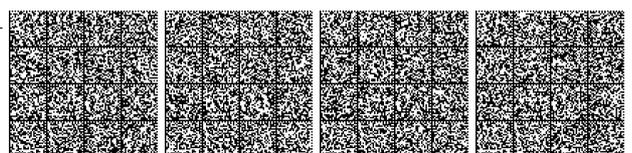
Pag. 134

N. 65. Ordinanza del Giudice di pace di Bologna del 21 ottobre 2009.

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

Pag. 138



SENTENZE ED ORDINANZE DELLA CORTE

N. 81

Sentenza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Impiego pubblico - Incarichi dirigenziali, conferiti prima del 17 maggio 2006, a personale non dipendente da pubbliche amministrazioni (art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001) - Cessazione *ex lege* ove non confermati entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge n. 262 del 2006 (cd. *spoils system*) - Ecceputa inammissibilità della questione per difetto di giurisdizione del giudice *a quo* - Reiezione.

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

Impiego pubblico - Incarichi dirigenziali, conferiti prima del 17 maggio 2006, a personale non dipendente da pubbliche amministrazioni (art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001) - Cessazione *ex lege* ove non confermati entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge n. 262 del 2006 (cd. *spoils system*) - Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e continuità dell'azione amministrativa - Illegittimità costituzionale in parte qua.

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

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Ugo DE SIERVO;

Giudici: Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 161, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262 (Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2006, n. 286, promosso dal Tribunale ordinario di Roma, sezione terza lavoro, nel procedimento vertente tra C. C. e il Ministero dello sviluppo economico, con ordinanza del 24 febbraio 2009, iscritta al n. 247 del registro ordinanze 2009 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 41, 1ª serie speciale, dell'anno 2009.

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

Udito nella camera di consiglio del 27 gennaio 2010 il giudice relatore Alfonso Quaranta.



Ritenuto in fatto

1. — Con ordinanza del 24 febbraio 2009 il Tribunale ordinario di Roma, sezione terza lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262 (Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito nella legge 24 novembre 2006, n. 286, per violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione.

Il giudice *a quo* sottolinea che il ricorrente ha stipulato con il Ministero delle Attività produttive (divenuto poi Ministero dello sviluppo economico), in data 3 agosto 2005, un contratto individuale di lavoro, ai sensi dell'art. 19, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), avente ad oggetto un incarico dirigenziale di seconda fascia, con decorrenza dal 1° settembre 2005 e con scadenza 31 agosto 2008, per lo svolgimento di funzioni di ricerca e studio, relative all'analisi quantitativa per la verifica dell'efficienza e dell'efficacia degli investimenti nei singoli settori agevolati dalle leggi in vigore. Con nota del 1° dicembre 2006 l'amministrazione gli ha comunicato la non conferma del predetto incarico, in applicazione dell'art. 41, comma 1, del decreto-legge n. 262 del 2006.

Il Tribunale rileva come la predetta disposizione abbia esteso agli incarichi dirigenziali conferiti ai sensi del comma 5-*bis* (che disciplina gli incarichi ai dirigenti dipendenti da altre amministrazioni) e del comma 6 (che disciplina gli incarichi a dirigenti non dipendenti da amministrazioni), il regime giuridico di cui dal comma 8, dell'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, il quale prevede la cessazione delle funzioni dirigenziali attribuite decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo.

Il comma 3 dello stesso art. 41 ha, altresì, dettato la disciplina transitoria stabilendo che «in sede di prima applicazione dell'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165 del 2001 (...) 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».

Il giudice remittente sottolinea come l'amministrazione avrebbe fatto applicazione, il 1° dicembre 2006, con decorrenza dal successivo giorno 2, della disposizione di cui al citato comma 3 dell'art. 41, considerato che «il ricorrente aveva un incarico *ex* comma 6 in corso alla data del 17 maggio 2006».

Si aggiunge come non dovrebbe, invece, farsi applicazione del primo comma dell'art. 41 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».

Le riportate disposizioni di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 41 sono state poi trasfuse sostanzialmente nei commi 159 e 161 dell'art. 2 della legge n. 286 del 2006. Tale articolo, si aggiunge, ha espressamente abrogato l'art. 41 del decreto-legge n. 262 del 2006 «e nondimeno, 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».

Esposto ciò, il Tribunale richiama il contenuto della sentenza n. 103 del 2007 di questa Corte, di cui viene riportata una parte della motivazione, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge 15 luglio 2002, n. 145 (Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato), nella parte in cui prevedeva la cessazione automatica degli incarichi dei dirigenti generali in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa per violazione degli artt. 97 e 98 della Costituzione.

Questi principi, continua il giudice *a quo*, avrebbero trovato conferma nella successiva sentenza n. 161 del 2008, che ha dichiarato per gli stessi motivi la illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, del decreto-legge n. 262 del 2006, «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 decreto stesso».

Il Tribunale remittente sottolinea come malgrado la parte dispositiva della citata sentenza n. 161 del 2008 «si presti, nel suo tenore testuale, ad essere direttamente applicata alla fattispecie, perché il ricorrente appartiene al "personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 165 del 2001", l'esame complessivo della pronuncia rivela chiaramente come la Corte abbia inteso avere esclusivo riguardo al personale comunque dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 e munito di *status* dirigenziale (sebbene non appartenete ai ruoli di cui all'art. 23), cui si riferisce il comma 5-*bis*, dell'art. 19, del d.lgs. n. 165 del 2001».

Il giudice *a quo* sottolinea come l'unica residua differenza tra il caso deciso con la citata sentenza n. 161 del 2008 e quello oggetto della controversia al suo esame sarebbe rappresentata dal fatto che viene in rilievo un 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». Si osserva come dopo la predetta decisione «il fatto che gli incarichi di cui al comma 6 possono cessare automaticamente, quando quelli di cui al comma 5 non lo possono, determina oramai una disparità di trattamento che appare priva di ogni ragionevole giustificazione e come tale illegittima ai sensi dell'art. 3 della Costituzione».

Dopo avere richiamato le sentenze di questa Corte il giudice *a quo* ritorna sulla questione della rilevanza osservando come, avendo l'attore chiesto il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale a causa dell'illegittima revoca dell'incarico, avrebbe chiesto «seppure indirettamente, in via principale dichiararsi l'illegittimità della revoca» in ragione del fatto che la stessa sarebbe stata disposta sulla base di una legge incostituzionale. Si aggiunge che, anche qualora si ritenesse che l'accertamento della predetta illegittimità non abbia formato oggetto di domanda, nondimeno tale accertamento andrebbe effettuato «in via incidentale» per verificare se sussiste o meno l'illecito; puntualizzandosi come «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)». In ogni caso, si rileva come «non possa apparire improbabile che l'accoglimento della sollevata questione di legittimità costituzionale abbia ricadute risarcitorie». Ciò in quanto l'attore chiede il risarcimento del danno consistente nel mancato pagamento delle retribuzioni che sarebbero maturate, secondo contratto, fino alla naturale scadenza del contratto. Si aggiunge come all'attore non si applicherebbe il comma 2, dell'art. 161, del decreto-legge n. 262 del 2006, che prevede il pagamento delle retribuzioni per i soli dirigenti dipendenti da altre amministrazioni cessati dall'incarico. Inoltre, «l'attore deduce danni alla professionalità ed alla immagine la cui sussistenza non può essere, allo stato, esclusa».

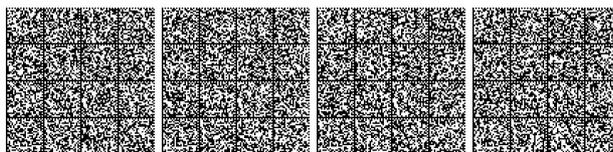
Nell'ultima parte dell'ordinanza di rimessione il Tribunale si sofferma sulla sussistenza della colpa per ritenere che la stessa, venendo in rilievo una ipotesi di responsabilità contrattuale, si presumerebbe *ex art.* 1218 del codice civile.

Si osserva, inoltre, come «la natura della condotta e della disposizione applicata ed il contesto della sua applicazione» nella specie, «non consentono *prima facie* di affermare che il Ministero versi in un'ipotesi di causa non imputabile». Ciò, in quanto la disposizione censurata «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». Inoltre, l'amministrazione avrebbe dovuto conformare la propria azione ai principi di cui agli artt. 97 e 98 Cost., in quanto la privatizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti non implica che l'amministrazione possa recedere liberamente dagli incarichi conferiti.

Infine, si osserva, sempre sul piano dell'analisi relativa all'accertamento dell'elemento soggettivo della colpa, come tali questioni «appaiono del tutto premature», atteso che, una corretta applicazione delle regole relative all'ordine logico-giuridico da seguire nella decisione della causa, imporrebbe di accertare prima la sussistenza dell'elemento materiale dell'illecito (e dunque la illegittimità costituzionale della norma attributiva del potere) «in solo rapporto al quale (...) la colpa e il danno sono concretamente delibabili». In conclusione, il remittente esclude che possa ritenersi «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».

2. — È intervenuto nel giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, osservando, in via preliminare, come l'attore del giudizio *a quo* non abbia chiesto la declaratoria di illegittimità del provvedimento di decadenza ma il risarcimento dei danni per cessazione dell'incarico, con la conseguenza che la cognizione della domanda risarcitoria spetterebbe al giudice amministrativo e non a quello ordinario.

Nel merito si deduce la infondatezza delle censure in quanto nella specie verrebbero in rilievo incarichi conferiti a persona che non riveste già il ruolo di dirigente della p.a. «ma a persona estranea alla p.a. prescelta sulla base di criteri di particolare stima e fiducia da parte dell'organo politico preposto all'amministrazione che, pur condizionato dalla ricorrenza degli oggettivi elementi indicati dal comma 6, dell'art. 19, del d.lgs. n. 165 del 2001, effettua però la propria definitiva scelta fondandola sul proprio personale fiduciario rapporto con il soggetto che intende investire della funzione dirigenziale». In questa prospettiva, sarebbe del tutto coerente che, al mutamento del Governo, il soggetto nominato venga sottoposto ad un «vaglio confermativo e, in caso di non conferma, che l'incarico decada». Diversamente argomentando, si sottolinea, «la possibilità, percentualmente limitata di conferimento di detti incarichi (...) resterebbe preclusa ai titolari del potere politico, frustrando completamente (...) un suo pur modesto avvalimento di personale» di totale fiducia nell'esercizio di funzioni dirigenziali.



Considerato in diritto

1. — Il Tribunale ordinario di Roma, sezione terza lavoro, con ordinanza del 24 febbraio 2009 ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262 (Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286.

Tale disposizione — richiamando l'art. 19, comma 8, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), come modificato, dai commi 159 e 161 dello stesso decreto-legge n. 262 del 2006 — prevede che gli incarichi di funzioni dirigenziali conferiti, tra l'altro, a persone di particolare e comprovata qualificazione in possesso dei requisiti specificamente previsti dal comma 6 dello stesso art. 19, estranei alle amministrazioni statali, «cessano ove non confermati entro sessanta giorni» dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto.

Il giudice *a quo* censura il predetto comma 161, assumendo che esso si pone in contrasto con gli artt. 97 e 98 della Costituzione, in quanto prevede una interruzione automatica del rapporto di lavoro prima della scadenza del termine stabilito per la sua durata.

2. — In via preliminare, è necessario richiamare gli aspetti essenziali della vicenda oggetto del giudizio *a quo*, quali risultano dall'ordinanza di remissione.

Il ricorrente era titolare di «un rapporto di lavoro con la Presidenza del Consiglio dei ministri». In data 3 agosto 2005 il Ministero delle attività produttive (divenuto poi Ministero dello sviluppo economico) gli aveva conferito, con decorrenza 1° settembre 2005 e scadenza 31 agosto 2008, «un incarico dirigenziale di seconda fascia», ai sensi del comma 6, dell'art. 19, del d.lgs. n. 165 del 2001, «quale soggetto non altrimenti legato da un rapporto di impiego dirigenziale con una pubblica amministrazione». Lo stesso Ministero, con provvedimento del 1° dicembre 2006, con decorrenza dal giorno successivo, non aveva confermato l'incarico attribuito. Per queste ragioni il ricorrente ha chiesto al Tribunale remittente che venisse dichiarato illegittimo tale provvedimento e condannata l'amministrazione al risarcimento del danno.

3. — Sempre in via preliminare, deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato per mancanza di rilevanza della questione, sul presupposto che la giurisdizione sulla controversia in esame non spetterebbe al giudice ordinario, ma a quello amministrativo.

L'eccezione non è fondata.

In particolare, la difesa dello Stato rileva come — avendo il ricorrente chiesto nel giudizio *a quo* la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, che presuppone una valutazione della legittimità del provvedimento stesso — la relativa domanda avrebbe dovuto essere proposta davanti al giudice amministrativo.

Come è noto, la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che «la inammissibilità delle questioni incidentali di legittimità costituzionale, sotto il profilo della carenza di giurisdizione del giudice *a quo*, può verificarsi solo quando il difetto di giurisdizione emerga in modo macroscopico e manifesto, cioè *ictu oculi*» (*ex multis*, sentenze n. 156 del 2007 e n. 144 del 2005).

Nel caso in esame — avuto riguardo a quanto previsto dall'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, che assegna alla cognizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto il conferimento e la revoca dell'incarico dirigenziale — non può ritenersi implausibile la motivazione con cui il giudice ordinario ha ritenuto la sua giurisdizione anche in relazione alle controversie risarcitorie connesse all'accertamento della illegittimità della «revoca» dell'incarico stesso.

4. — Nel merito, la questione è fondata.

5. — Al fine di chiarire la portata della disposizione impugnata, occorre, innanzitutto, sottolineare che l'art. 19 del citato d.lgs. n. 165 del 2001, contempla tre tipologie di funzioni dirigenziali, collocate in ordine decrescente di rilevanza e di maggiore coesione con l'organo politico.

Innanzitutto, sono previsti «gli incarichi di segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente»: si tratta delle attribuzioni dirigenziali «apicali», conferite con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente (art. 19, comma 3).

Sono poi disciplinati «gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale», attribuiti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente (comma 4).

Infine, sono previsti gli incarichi di direzione degli altri uffici di livello dirigenziale, conferiti «dal dirigente dell'ufficio di livello dirigenziale generale».



5.1. — I predetti incarichi possono poi essere conferiti a soggetti che si trovino in una particolare posizione rispetto all'amministrazione che attribuisce la relativa funzione.

In primo luogo, l'incarico può essere attribuito a personale inserito nel «ruolo dei dirigenti», istituito presso ciascuna amministrazione statale e articolato in due fasce (art. 23, del d.lgs. n. 165 del 2001).

In secondo luogo, le funzioni dirigenziali possono essere conferite, entro limiti percentuali predeterminati, «anche ai dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui al medesimo articolo 23», purché dipendenti da altre amministrazioni pubbliche, vale a dire da amministrazioni dello Stato diverse da quelle nel cui ambito è collocato il posto da conferire (art. 19, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 165 del 2001).

Infine, è prevista la possibilità, sempre nel rispetto di soglie prefissate, che ciascuna amministrazione attribuisca la titolarità di uffici dirigenziali, a tempo determinato, fornendone esplicita motivazione, a «persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione, che abbiano svolto attività in organismi ed enti pubblici o privati ovvero aziende pubbliche o private con esperienza acquisita per almeno un quinquennio in funzioni dirigenziali, o che abbiano conseguito una particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica desumibile dalla formazione universitaria e postuniversitaria, da pubblicazioni scientifiche e da concrete esperienze di lavoro maturate per almeno un quinquennio, anche presso amministrazioni statali, ivi comprese quelle che conferiscono gli incarichi, in posizioni funzionali previste per l'accesso alla dirigenza, o che provengano dai settori della ricerca, della docenza universitaria, delle magistrature e dei ruoli degli avvocati e procuratori dello Stato» (art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato, da ultimo, dall'art. 40 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, recante «Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni»).

5.2. — Nel caso in esame, viene in rilievo un incarico di direzione di uffici di livello dirigenziale non generale, attribuito, ai sensi del predetto comma 6, dell'art. 19, a soggetto esterno all'amministrazione conferente, non dipendente, come dirigente, da altra amministrazione.

In relazione a tale tipologia di incarico, la norma impugnata contempla una ipotesi di spoils system transitorio, con interruzione *ex lege* del rapporto dirigenziale in corso ove l'interessato non sia confermato entro sessanta giorni dall'entrata in vigore dello stesso decreto-legge n. 262 del 2006.

È bene aggiungere che, con riferimento alle attribuzioni dirigenziali «esterne», il comma 8, dell'art. 19, del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dal comma 159, del decreto-legge n. 262 del 2006, prevede anche una ipotesi di spoils system a regime, stabilendo che tali attribuzioni «cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo».

A tale ultimo proposito, va osservato che il citato art. 40 del d.lgs. n. 150 del 2009 ha abrogato la parte contenuta nel predetto comma 8 dell'art. 19, che ha esteso il sistema di spoils system a regime anche «al personale di cui al comma 5-*bis*, limitatamente al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23, e al comma 6». Tuttavia la predetta abrogazione, essendo successiva all'emanazione degli atti oggetto di censura nel processo *a quo*, non è idonea ad incidere sul quadro normativo rilevante nel presente giudizio.

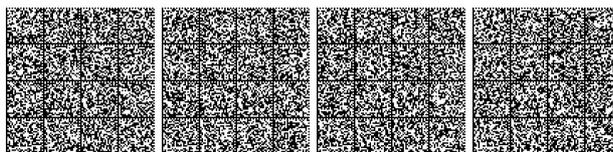
5.3. — In definitiva, alla luce di quanto sin qui esposto, la questione sottoposta all'esame di questa Corte attiene alla conformità agli artt. 97 e 98 della Costituzione della norma che prevede un sistema di spoglie transitorio applicato a persone esterne all'amministrazione conferente, non dipendente, come dirigente, da altra amministrazione, al quale sia stata attribuita una funzione dirigenziale di livello non generale.

6. — Questa Corte ha già avuto modo di affermare, con la sentenza n. 103 del 2007, che la previsione di una cessazione automatica, *ex lege* e generalizzata, degli incarichi dirigenziali «interni» di livello generale viola, in carenza di idonee garanzie procedurali, i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità e, in particolare, «il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa».

6.1. — Con la sentenza n. 161 del 2008, inoltre, si è precisato che questi principi valgono anche in presenza di incarichi dirigenziali conferiti «al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165».

In particolare, si è osservato come, in tali casi, la mancanza di un previo rapporto di servizio con l'amministrazione conferente non sia idonea ad incidere sulle regole di distinzione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e compiti gestori dei dirigenti e conseguentemente sull'applicabilità dei principi costituzionali sopra richiamati. In altri termini, questa Corte ha rilevato la ininfluenza, sul piano funzionale, del fatto che l'atto di attribuzione di una determinata funzione dirigenziale ad un dirigente esterno, dipendente di altra amministrazione, e il correlato contratto individuale non si innestino su un rapporto di lavoro dirigenziale già esistente con la stessa amministrazione.

È bene inoltre aggiungere, richiamando quanto già sottolineato con la citata sentenza n. 161 del 2008, come la previsione di un potere di conferma entro sessanta giorni non sia anch'essa in grado, di per sé, di diversificare la fattispecie



in esame rispetto a quella oggetto di scrutinio con la sentenza n. 103 del 2007 e conseguentemente il relativo regime giuridico. Il potere ministeriale di conferma non attribuisce, infatti, al rapporto dirigenziale in corso alcuna garanzia di autonomia funzionale, atteso che dalla mancata conferma la legge fa derivare la decadenza automatica senza alcuna possibilità di controllo giurisdizionale.

6.2. — Quanto sopra vale, per le medesime ragioni, anche quando l'incarico dirigenziale esterno, nella specie non generale, sia stato conferito non a dirigenti dipendenti da altre amministrazioni, ma a soggetti privi di *status* dirigenziale, che abbiano «particolare e comprovata qualificazione professionale», che non sia rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione, e che rientrino, quindi, nella categoria indicata specificamente nel comma 6, dell'art. 19 citato.

Anche, dunque, per la tipologia di incarichi che vengono in rilievo in questa sede — come questa Corte ha già avuto modo di affermare con le citate sentenze n. 161 del 2008 e n. 103 del 2007 — il rapporto di lavoro instaurato con l'amministrazione che attribuisce la relativa funzione deve essere «connotato da specifiche garanzie, le quali presuppongono che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione».

Deve, pertanto, ritenersi, in continuità logica con quanto affermato dalle due suindicate pronunce, che anche la norma denunciata, prevedendo la immediata cessazione del rapporto dirigenziale alla scadenza del sessantesimo giorno dall'entrata in vigore del decreto-legge n. 262 del 2006, in mancanza di riconferma, violi, in carenza di idonee garanzie procedurali, i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità e, in particolare, «il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa».

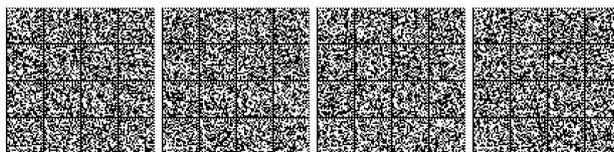
Ciò in quanto la previsione di una anticipata cessazione *ex lege* del rapporto in corso — in assenza di una accertata responsabilità dirigenziale — impedisce che l'attività del dirigente possa espletarsi in conformità ad un nuovo modello di azione della pubblica amministrazione, disegnato dalle recenti leggi di riforma della pubblica amministrazione, che misura l'osservanza del canone dell'efficacia e dell'efficienza alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita.

È necessario, pertanto, garantire, come questa Corte ha già chiarito, «la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterni 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 consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall'altro, al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'organo politico e individuati, appunto, nel contratto a suo tempo stipulato».

L'esistenza di una preventiva fase valutativa — ha puntualizzato la Corte con le suindicate sentenze — risulta essenziale anche per assicurare, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), «il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale. Ciò anche al fine di garantire — attraverso la esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall'organo politico — scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa».

In definitiva, in presenza di tali incarichi — che devono essere sempre conferiti nel rigoroso rispetto delle condizioni prescritte dal comma 6, dell'art. 19, le quali impongono, tra l'altro, che «la professionalità vantata dal soggetto esterno non sia rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione» (sentenza n. 9 del 2010) — l'amministrazione stessa è tenuta a garantire la distinzione funzionale tra attività di indirizzo politico amministrativo e attività gestionale, in attuazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione dei pubblici poteri.

7. — Deve, pertanto, essere dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, del decreto-legge n. 262 del 2006, per violazione degli artt. 97 e 98 della Costituzione, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale di cui al comma 6, dell'art. 19, del d.lgs. n. 165 del 2001 «conferiti prima del 17 maggio 2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto».



PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262 (Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2006, n. 286, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale di cui al comma 6, dell'art. 19, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), conferiti prima del 17 maggio 2006, «cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto».

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: QUARANTA

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA

10C0207

n. 82

Sentenza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Minori - Figli naturali - Procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati - Applicabilità della disciplina di cui alla legge n. 54 del 2006 - Sussistenza, secondo il diritto vivente, della competenza del giudice minorile in ordine all'assegno di mantenimento del minore solo se richiesto contestualmente a misure relative all'affidamento - Lamentata mancata previsione di una generalizzata competenza del tribunale per i minorenni in ordine alle decisioni sul mantenimento del figlio naturale riconosciuto - Denunciata irrazionalità nonché violazione del principio di uguaglianza - Esercizio non irragionevole della discrezionalità legislativa - Non fondatezza della questione.

- Legge 8 febbraio 2006, n. 54, art. 4, comma 2.
- Costituzione, art. 3.

Minori - Figli naturali - Procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati - Applicabilità della disciplina di cui alla legge n. 54 del 2006 - Sussistenza, secondo il diritto vivente, della competenza del giudice minorile in ordine all'assegno di mantenimento del minore solo se richiesto contestualmente a misure relative all'affidamento - Lamentata mancata previsione di una generalizzata competenza del tribunale per i minorenni in ordine alle decisioni sul mantenimento del figlio naturale riconosciuto - Denunciata violazione dei principi del giudice naturale e della ragionevole durata del processo - Questione priva di motivazione - Manifesta inammissibilità.

- Legge 8 febbraio 2006, n. 54, art. 4, comma 2.
- Costituzione, artt. 25 e 111.



LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Ugo DE SIERVO;

Giudici: Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI;

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli), promosso dal Tribunale ordinario di Roma, nel procedimento vertente tra N.M.B. e F.P., con ordinanza del 21 gennaio 2009, iscritta al n. 202 del registro ordinanze 2009 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 33, 1ª serie speciale, dell'anno 2009.

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

Udito nella camera di consiglio del 27 gennaio 2010 il giudice relatore Alfio Finocchiaro.

Ritenuto in fatto

1. — Il Tribunale ordinario di Roma — nel corso di un procedimento promosso da N.M.B. nei confronti di F.P. per ottenerne la condanna alla corresponsione, in suo favore, di un assegno di € 1.000,00 mensili a titolo di mantenimento della figlia minore nata da una relazione con lo stesso F.P. — con ordinanza del 21 gennaio 2009, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 25 e 111 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli) nella parte in cui «non prevede, in fine, che i procedimenti relativi ai figli minori di genitori non coniugati sono attribuiti alla competenza dei Tribunali per i minorenni».

Il rimettente — premesso di condividere la tesi sostenuta in dottrina e dai giudici di merito, secondo cui, a seguito della modifica introdotta, il tribunale ordinario sarebbe competente a conoscere delle controversie relative sia all'affidamento dei figli minori di genitori non coniugati, sia alla determinazione dell'assegno di mantenimento per gli stessi — rileva che la Corte di cassazione, nell'affrontare il problema, ha affermato che rimane immutata la necessità di rivolgersi a due organismi differenti a seconda che si tratti di modalità di affidamento del minore o di assegno, mentre sussiste la competenza del giudice minorile, con riguardo ad entrambe le questioni, qualora le stesse siano proposte contestualmente (ordinanza n. 8362 del 2007 e successive conformi).

Tale ultima interpretazione, costituente diritto vivente, appare al giudice *a quo* in contrasto con le regole di razionalità ed uguaglianza tra figli minori legittimi e figli naturali, che ricevono differenti tutele da parte di diversi organismi, e tra gli stessi figli naturali, trattati differenzialmente a seconda che le domande di affidamento e di assegno di mantenimento siano o no contestuali; con quelle relative alla ragionevole durata del processo sotto il profilo della concentrazione delle tutele; con il principio della immutabilità del giudice naturale, essendo consentita al ricorrente la scelta di iniziare il procedimento davanti all'uno o all'altro degli organismi ritenuti competenti.

2. — Nel giudizio innanzi alla Corte è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, con il patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per la inammissibilità o, comunque, per la manifesta infondatezza della questione.

Secondo la difesa erariale, il giudice rimettente ha prospettato una possibilità esegetica della norma ritenuta costituzionalmente orientata, sicché non vi sarebbe spazio per una questione di legittimità costituzionale della medesima norma.

Nel merito, non sussisterebbe violazione dell'art. 3 Cost., attesa la ragionevolezza della previsione. La censura relativa alla violazione del principio di ragionevole durata del processo sarebbe, poi, formulata in modo perplessivo, non essendo esplicitate dal rimettente le ragioni del lamentato *vulnus*. Non sussisterebbe, infine, la denunciata violazione dell'art. 25 Cost.



Considerato in diritto

1. — Il Tribunale ordinario di Roma dubita della legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli), nella parte in cui non prevede la generalizzata competenza funzionale del Tribunale per i minorenni in ordine alle decisioni sul contributo al mantenimento del figlio minore di genitori non coniugati — la quale invece, nella interpretazione fornita dalla Corte di cassazione, costituente diritto vivente, è limitata alle sole ipotesi in cui il contributo sia richiesto contestualmente a misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento del figlio — per contrasto con l'art. 3 della Costituzione, avuto riguardo alla ingiustificata disparità di trattamento tra figli legittimi e naturali nonché tra gli stessi figli naturali; con l'art. 25 Cost. per la violazione della garanzia costituzionale del giudice naturale precostituito per legge; con l'art. 111 Cost. per la violazione del principio di ragionevole durata del processo.

1.1. — L'art. 4, comma 2, della legge n. 54 del 2006 estende l'applicabilità delle nuove disposizioni in materia di affidamento condiviso dei figli minori, dettate con riguardo alla separazione personale dei coniugi, ad ogni ipotesi di scioglimento, cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

In giurisprudenza — mentre è pacifico che, in tema di separazione e divorzio, la competenza a conoscere delle controversie relative all'affidamento e al mantenimento della prole appartiene al giudice ordinario — è sorto il problema della individuazione del giudice competente a conoscere delle medesime controversie ove esse riguardino la prole naturale, in presenza dell'art. 317-*bis* cod. civ., concernente i provvedimenti in tema di esercizio della potestà sui figli naturali riconosciuti, ricompresi espressamente dall'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile tra quelli attribuiti alla competenza del tribunale per i minorenni.

Tale contrasto è stato risolto dalla Corte di cassazione (ordinanza n. 8362 del 2007 e successive conformi), con giurisprudenza divenuta ormai diritto vivente, secondo cui le controversie aventi ad oggetto il mantenimento dei figli naturali riconosciuti appartengono alla competenza del tribunale minorile qualora siano proposte contestualmente a quelle attinenti alla potestà sugli stessi e al loro affidamento, mentre, ove la domanda riguardi esclusivamente le questioni economiche, essa va proposta innanzi al tribunale ordinario.

La richiamata giurisprudenza è contestata dal giudice rimettente, che la ritiene «in contrasto con le regole di razionalità e di uguaglianza tra figli minori e naturali (che possono avere differenti tutele da parte di organismi differenti) e tra gli stessi figli naturali (differentemente trattati a seconda che le domande siano contestuali o meno)».

Il giudice *a quo* sostiene che la contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, prefigurata dai novellati articoli 155 e seguenti del codice civile, dovrebbe imporsi in ragione non della domanda eventualmente proposta in modo contestuale a quella relativa alla potestà, ma dell'inevitabile considerazione complessiva degli istituti, i quali risulterebbero inscindibilmente legati e interdipendenti a seguito delle innovazioni apportate dalla legge di riforma. Ne dovrebbe conseguire la sussistenza della competenza del tribunale per i minorenni con riferimento ad ogni richiesta di attribuzione, di adeguamento, di ripartizione degli oneri ordinari o straordinari, ivi compresa l'eventuale assegnazione della casa «familiare», a prescindere dalla occasionale circostanza che le relative azioni siano contestualmente o singolarmente proposte.

2. — La questione, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., non è fondata.

2.1. — Questa Corte, nell'affrontare analoga questione sulla base della precedente normativa, ha affermato che «il legislatore, al quale va riconosciuta, la più ampia discrezionalità nella regolazione generale degli istituti processuali, è in particolare arbitro di dettare regole di ripartizione della competenza fra i vari organi giurisdizionali, sempreché le medesime non risultino manifestamente irragionevoli» (sentenza n. 451 del 1997).

Nel caso di specie non sono manifestamente irragionevoli l'attribuzione, sulla base del diritto vivente e nell'ipotesi di prole naturale riconosciuta, alla competenza del tribunale per i minorenni della controversia relativa all'esercizio della potestà genitoriale, qualora la stessa sia contestuale alla determinazione dell'assegno di mantenimento, e l'affermazione della competenza del tribunale ordinario, quando si richiede al giudice solo l'attribuzione di detto assegno: ciò soprattutto ove si tenga presente che è lo stesso intervento dell'autorità giudiziaria ad atteggiarsi in modo diverso nelle due differenti ipotesi.

Né è sufficiente a ritenere la irragionevolezza della soluzione il rilievo in ordine alla stretta relazione che permane fra il contributo economico e le regole dell'esercizio della potestà genitoriale o la circostanza che la questione dell'affidamento potrebbe nuovamente prospettarsi in un momento successivo. Infatti, la relazione fra esercizio della potestà e contributo economico, ove non si concretizzi in specifiche domande, non incide sulla competenza, mentre la possibilità di proporre successivamente una questione sull'affidamento, trattandosi di circostanza puramente eventuale, è priva di rilevanza e, in quanto tale, non può incidere sulla competenza.

3. — La questione sollevata in riferimento agli articoli 25 e 111 Cost. è manifestamente inammissibile, perché priva di motivazione.



PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli), sollevata, in riferimento all'articolo 3 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Roma con l'ordinanza in epigrafe;

Dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 4, comma 2, della citata legge n. 54 del 2006, sollevata, in riferimento agli articoli 25 e 111 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Roma con l'ordinanza in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: FINOCCHIARO

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA

10C0208

n. 83

Sentenza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Reati e pene - Configurazione come delitto, limitatamente alle aree geografiche in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, di condotte penalmente irrilevanti o punite a titolo di contravvenzione nel restante territorio nazionale - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza e della riserva di legge in materia penale, nonché asserita carenza dei presupposti di necessità e urgenza richiesti per la decretazione d'urgenza - Esclusione - Non fondatezza delle questioni.

- D.l. 6 novembre 2008, n. 172 (convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 dicembre 2008, n. 210), art. 6, lett. *a*) e *d*).
- Costituzione, artt. 3, 25, secondo comma, e 77, secondo comma.

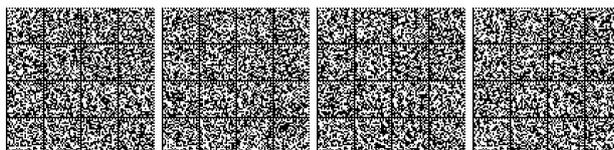
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Ugo DE SIERVO;

Giudici: Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI;

ha pronunciato la seguente



SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 6, lettere *a*) e *d*), del decreto-legge 6 novembre 2008, n. 172 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale), promosso dal Tribunale ordinario di Torre Annunziata con ordinanza dell'11 novembre 2008, iscritta al n. 42 del registro ordinanze 2009 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 8, 1ª serie speciale, dell'anno 2009.

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

Udito nella camera di consiglio del 10 febbraio 2010 il giudice relatore Gaetano Silvestri.

Ritenuto in fatto

1. — Con ordinanza deliberata l'11 novembre 2008, il Tribunale ordinario di Torre Annunziata, in composizione monocratica, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 25 e 77, secondo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, lettere *a*) e *d*), del decreto-legge 6 novembre 2008, n. 172 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale) — successivamente convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 dicembre 2008, n. 210 — nella parte in cui, limitatamente alle aree geografiche in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, configura come delitto condotte che, nel restante territorio nazionale, non sono penalmente rilevanti (lettera *a*) o sono punite a titolo di contravvenzione (lettera *d*)).

Il rimettente procede, con rito direttissimo, nei confronti di tre persone arrestate in flagranza, il 10 novembre 2008, alle quali il pubblico ministero ha contestato i reati previsti dagli artt. 110 e 81 cpv. del codice penale, e dall'art. 6, lettere *a*) e *d*), del d.l. n. 172 del 2008, essendo state sorprese «nel corso di attività di trasporto, raccolta e scarico di rifiuti ingombranti».

Lo stesso rimettente dà atto di avere convalidato gli arresti e riferisce che il pubblico ministero, in via preliminare, ha proposto questione di legittimità costituzionale delle previsioni contenute nell'art. 6, lettere *a*) e *d*), del d.l. citato, per l'asserita violazione degli artt. 3 e 102 Cost.

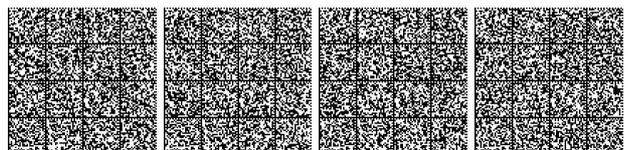
Secondo il rappresentate dell'accusa, per un verso, sarebbe privo di giustificazione il deteriore trattamento riservato alla persona fisica che commetta le condotte in contestazione nel ristretto ambito geografico in cui vige lo stato di emergenza per lo smaltimento dei rifiuti, dichiarato ai sensi dell'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225 (Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile), e, per altro verso, sussisterebbe «la violazione dell'art. 102 Cost. in relazione all'intervenuta, conseguente costituzione di un giudice speciale, chiamato a decidere su questioni aventi ambito territoriale ristretto».

Il giudice *a quo* ha ritenuto manifestamente infondata la questione posta in riferimento all'art. 102 Cost., sul rilievo che il d.l. n. 172 del 2008 non ha istituito «alcun giudice speciale o straordinario» e non ha inciso sulle regole di riparto della competenza, essendo valso ad introdurre un trattamento penale più severo per condotte tenute nell'area interessata dallo stato di emergenza per lo smaltimento dei rifiuti.

Proprio con riguardo alle indicate variazioni *in peius* del trattamento sanzionatorio, peraltro, il rimettente dubita della compatibilità tra la norma censurata e l'art. 3 Cost.

Se è vero, osserva in proposito il Tribunale, che qualsiasi soggetto, che ponga in essere una delle condotte previste dalle norme censurate, nelle aree in cui sia stato dichiarato lo stato di emergenza ambientale, è assoggettabile alle relative sanzioni, è altresì innegabile che, «in via sostanziale e di fatto, le popolazioni residenti domicilianti o dimoranti nelle aree di applicazione della norma [...] divengano i reali e pressoché unici destinatari della norma penale maggiormente sfavorevole destinata a regolamentare, peraltro temporaneamente, alcune zone del territorio nazionale e non altre».

Oltre alla ingiustificata disparità di trattamento tra coloro i quali vivono ed operano nelle aree di «interesse ambientale» e la rimanente popolazione, il giudice *a quo* assume l'irragionevolezza delle previsioni in esame avuto riguardo al loro carattere temporaneo. Seppure, infatti, l'ordinamento contempla la possibilità di emanare anche in ambito penale leggi eccezionali e temporanee, nel caso di specie, stante la limitazione territoriale, «la norma [...] potrebbe, in maniera abnorme, regolamentare la medesima situazione di fatto in modo, ingiustificatamente, difforme ed opposto, a seconda della duplice variabile temporale e territoriale».



Le previsioni censurate contrasterebbero inoltre con la riserva di legge posta dall'art. 25 Cost., in quanto, pur essendo le fattispecie penali indicate dallo stesso d.l. n. 172 del 2008, e cioè da una fonte primaria, l'esplicito richiamo alle aree designate ai sensi dell'art. 5 della legge n. 225 del 1992 quale ambito territoriale di efficacia delle relative sanzioni, «presuppone una delega per l'individuazione di tale requisito a fonte normativa non primaria» (deliberazione del Consiglio dei ministri).

Il rimettente osserva che il provvedimento dell'Esecutivo, dichiarativo dello stato di emergenza per la raccolta dei rifiuti, non è «semplice elemento di specificazione o caratterizzazione della fattispecie», ma si pone come norma di riferimento per l'individuazione di un «presupposto costitutivo del reato». Di conseguenza, con riferimento quantomeno all'ambito territoriale di efficacia, l'art. 6 censurato introdurrebbe una norma penale in bianco, come tale potenzialmente lesiva del menzionato principio sancito dall'art. 25 Cost.

Il giudice *a quo* denuncia infine il contrasto tra il citato art. 6, lettere *a*) e *d*), e l'art. 77, secondo comma, Cost., per la mancanza dei requisiti di necessità e di urgenza, indispensabili a legittimare l'adozione del decreto-legge. In proposito il rimettente richiama la giurisprudenza costituzionale, con riferimento sia alla individuazione dei suddetti requisiti, sia alle conseguenze dell'accertata carenza di essi. È citata, in particolare, la sentenza n. 29 del 1995, nella quale si trova affermato che «l'eventuale evidente mancanza» del presupposto di una preesistente situazione fattuale di necessità ed urgenza «configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge [...] quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione».

A parere del giudice *a quo*, la mancanza dei presupposti della decretazione d'urgenza emergerebbe dalla stessa premessa del d.l. n. 172 del 2008, nella quale si afferma sussistere «la straordinaria necessità ed urgenza di definire un quadro di adeguate iniziative per consolidare i risultati positivi ottenuti [...] e per il definitivo superamento dell'emergenza». Ciò renderebbe evidente che la normativa in esame è stata predisposta in un momento nel quale la fase acuta dell'emergenza era ormai superata.

Sotto il profilo della rilevanza, il rimettente sottolinea come dall'accoglimento della questione «deriverebbe l'irrelevanza penale del fatto ascritto ai prevenuti e/o la derubricazione in fattispecie avente trattamento sanzionatorio meno grave con riferimento alla contestazione di cui alla lettera *d*) dell'art. 6 d.l. n. 172 del 2008».

2. — È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per la inammissibilità o, comunque, per la non fondatezza della questione.

La difesa dello Stato, dopo aver riepilogato il contenuto dell'ordinanza di rimessione, ripercorre le tappe salienti della situazione verificatasi nella Regione Campania.

Nella predetta Regione persiste fin dal 1994 lo stato di emergenza per lo smaltimento dei rifiuti, dichiarato ai sensi dell'art. 5 della legge n. 225 del 1992. Nel 1996 il Presidente della Regione Campania è stato nominato Commissario per il Governo al fine dell'approvazione, tra l'altro, del Piano regionale dei rifiuti, con il compito di individuare un adeguato sistema di gestione dei rifiuti urbani, che garantisca la regolare erogazione di un servizio pubblico essenziale. Il Piano regionale — approvato nel 1997, ed adeguato al decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 (Attuazione della direttiva 91/156/CEE sui rifiuti, della direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e della direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio) — aveva individuato, sulla base della ricognizione dei volumi di rifiuti urbani prodotti, delle caratteristiche merceologiche e della distribuzione sul territorio regionale, un sistema basato sulla termovalorizzazione, previo trattamento in combustibile da rifiuti (CdR).

In seguito, «una serie di complicazioni, quali le infiltrazioni malavitose e le problematiche insorte con la popolazione», hanno aggravato il contesto emergenziale e reso ineluttabile il ricorso alla legislazione d'urgenza, attuato con il decreto-legge 23 maggio 2008, n. 90 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile) e con il d.l. n. 172 del 2008.

In particolare, prosegue la difesa erariale, il d.l. n. 172 del 2008 configura un intervento di carattere straordinario, strumentale a rendere maggiormente efficace la gestione dei rifiuti nella Regione Campania, in un quadro di «perdurante grave crisi emergenziale in atto al momento della emanazione dei provvedimenti normativi in questione».

Dopo un'analisi generale dei punti qualificanti il provvedimento legislativo urgente — calibrato sulla situazione esistente in Campania ma applicabile in qualsiasi area del territorio nazionale per la quale, ricorrendone i presupposti, sia dichiarato lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti — l'Avvocatura generale procede all'esame delle norme censurate, ed evidenzia come le stesse introducano, per condotte già vietate dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), un trattamento sanzionatorio più severo, qualora le stesse siano poste in essere nel territorio in cui vige lo stato di emergenza.

Invero, la fattispecie prevista alla lettera *a*) dell'art. 6 del d.l. n. 172 del 2008 eleva al rango di illecito penale la condotta prevista dall'art. 255 del d.lgs. n. 152 del 2006, mentre la fattispecie contenuta nella successiva lettera *d*)



trasforma in delitto la contravvenzione prevista dall'art. 256 del richiamato d.lgs. n. 152 del 2006, con conseguente inasprimento delle sanzioni.

Il legislatore dell'emergenza è dunque intervenuto a reprimere più severamente condotte già vietate, al fine di tutelare, nel contesto emergenziale, beni di rilevanza costituzionale, quali l'ambiente e la salute dei cittadini, esposti a grave pericolo proprio per effetto di quei comportamenti.

Ciò posto, in via preliminare la difesa dello Stato ritiene che le censure prospettate dal giudice *a quo* siano motivate in modo insufficiente e contraddittorio. In particolare, il rimettente avrebbe contraddetto le sue stesse premesse nell'argomentare sia la pretesa violazione del principio di uguaglianza, sia l'irragionevolezza delle norme censurate.

Il difetto di motivazione sarebbe poi evidente, a parere della difesa erariale, con riferimento all'asserita violazione della riserva di legge, posto che il giudice *a quo* attribuisce alla disposizione contenuta nell'art. 6 citato la natura di norma penale in bianco, limitandosi a rilevare che essa presuppone la vigenza dello stato di emergenza dichiarato dall'Esecutivo.

La motivazione sarebbe carente, infine, anche riguardo alla non manifesta infondatezza della questione concernente l'art. 77, secondo comma, Cost., argomentata sulla pretesa «attestazione» della cessata emergenza che risulterebbe dalla premessa del provvedimento legislativo urgente.

Nel merito, l'Avvocatura generale evidenzia come, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, il principio di uguaglianza trovi piena attuazione quando a situazioni simili corrisponde un trattamento analogo e a situazioni diverse fa riscontro un trattamento differenziato. Sicché, proprio in ossequio al principio di uguaglianza, l'assetto normativo deve essere adeguato alle specifiche contingenze; infatti, la discrezionalità delle scelte legislative «deve trovare idonea spiegazione nella ragionevolezza delle statuizioni dirette a giustificare la disparità di trattamento».

In questa prospettiva, a parere della difesa erariale, sarebbe di tutta evidenza che l'art. 6 censurato non viola in alcun modo il principio di uguaglianza, essendo applicabile nei confronti di chiunque ponga in essere le condotte incriminate nell'ambito territoriale interessato dallo stato di emergenza nel settore dei rifiuti.

Non sussisterebbe nemmeno la denunciata irragionevolezza della normativa sottoposta a scrutinio: quest'ultima, con riferimento alle aree in cui è dichiarato lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, qualifica come delitti condotte già sanzionate, a titolo di illecito amministrativo o di contravvenzione, dal d.lgs. n. 152 del 2006. Il legislatore ha dunque introdotto norme penali eccezionali, previste e disciplinate dagli artt. 2, quinto comma, cod. pen. e 14 delle disposizioni sulla legge in generale, che trovano giustificazione nella gravità della crisi del settore dei rifiuti in quei territori nei quali è stato dichiarato lo stato di emergenza.

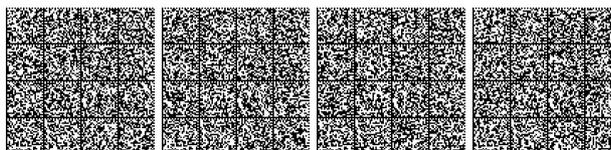
È richiamata in proposito l'affermazione della giurisprudenza costituzionale secondo cui, a fronte di contesti emergenziali, il legislatore è tenuto ad approntare soluzioni normative adeguate (sentenza n. 15 del 1982).

Sarebbe poi infondato l'asserito contrasto tra l'art. 6 citato e la riserva di legge in materia penale, a partire dalla qualificazione della predetta disposizione come norma in bianco, «almeno per quanto attiene al richiamo territoriale».

La difesa erariale, dopo aver precisato che le norme penali in bianco sono caratterizzate dalla genericità del precetto, che deve essere specificato da atti normativi di grado inferiore, quali i regolamenti e i provvedimenti amministrativi (sono richiamate, in via esemplificativa, le fattispecie previste dagli artt. 650 e 329 cod. pen.), segnala che la giurisprudenza costituzionale «e gran parte della giurisprudenza di legittimità» ritengono dette norme compatibili con l'art. 25, secondo comma, Cost., quando la fonte di rango primario indichi con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto ed i limiti dei provvedimenti di rango inferiore alla cui trasgressione segue la sanzione (sono richiamate le sentenze n. 132 del 1986, n. 108 del 1982 e n. 168 del 1971 della Corte costituzionale). In caso diverso, verrebbero ad essere violati i principi di tipicità, tassatività e determinatezza della fattispecie penale, oltre a quello della riserva di legge.

Inoltre, a parere dell'Avvocatura generale, il censurato art. 6 non presenta i caratteri della norma penale in bianco, in quanto contiene una descrizione dettagliata della fattispecie penale, in tutti i suoi elementi costitutivi, sicché il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, dichiarativo dello stato di emergenza ai sensi dell'art. 5 della legge n. 225 del 1992, andrebbe ad integrare la previsione penale nei soli profili regolati dalla legge citata. In particolare, la normativa regolamentare sancirebbe la durata dell'operatività e l'ambito territoriale dello stato di emergenza, sulla base di valutazioni tecniche di competenza dell'autorità amministrativa.

Quanto, infine, alla censura prospettata in riferimento all'art. 77, secondo comma, Cost., l'Avvocatura generale richiama l'affermazione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, secondo la quale «il sindacato sull'esistenza dei presupposti della necessità e dell'urgenza, che legittimano il Governo ad emanare decreti-legge, può essere esercitato solo in caso di evidente mancanza dei presupposti stessi» (sono indicate le sentenze n. 285 del 2004, n. 6 del 2004, n. 16 del 2002 e, in particolare, n. 398 del 1998).



Nella specie, il provvedimento legislativo urgente sarebbe intervenuto quando il contesto emergenziale si trovava ancora in fase acuta, come dimostrato anche dall'apertura in sede comunitaria di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano (causa C-297/08, Commissione c. Repubblica italiana), oltre che dalle difficoltà relative al superamento della grave situazione ambientale e sanitaria presente nella Regione Campania.

Risulterebbero dunque confermati i presupposti di necessità ed urgenza posti a fondamento dell'intervento del Governo, «con l'adozione del provvedimento in oggetto in relazione ad “eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari”».

Considerato in diritto

1. — Il Tribunale ordinario di Torre Annunziata ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 25 e 77, secondo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, lettere *a)* e *d)*, del decreto-legge 6 novembre 2008, n. 172 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale), nella parte in cui, limitatamente alle aree geografiche in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, configura come delitto condotte che, nel restante territorio nazionale, non sono penalmente rilevanti (lettera *a)*) o sono punite a titolo di contravvenzione (lettera *d)*).

2. — Successivamente alla proposizione dell'incidente di costituzionalità, il decreto-legge n. 172 del 2008 è stato convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 dicembre 2008, n. 210. La predetta legge ha apportato modifiche anche ad una delle disposizioni censurate, quella contenuta all'art. 6, lettera *a)*, senza peraltro incidere sul contenuto precettivo della norma, contro il quale si appuntano le doglianze del rimettente, sicché entrambe le questioni devono intendersi trasferite sul testo risultante dalla legge di conversione.

2.1 — Le questioni non sono fondate.

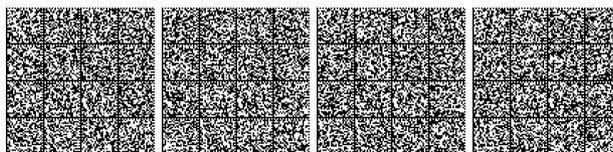
2.2. — Il rimettente ritiene che, nel momento dell'adozione del d.l. n. 172 del 2008, non sussistessero le condizioni di straordinaria necessità e urgenza, richieste dall'art. 77, secondo comma, Cost. per l'emanazione, da parte del Governo, di un atto con forza di legge. Ciò sarebbe comprovato dallo stesso preambolo del decreto-legge in questione, che fa riferimento alla «straordinaria necessità e urgenza di definire un quadro di adeguate iniziative per consolidare i risultati positivi ottenuti nell'aumento della capacità di smaltimento dei rifiuti nel territorio campano e per il definitivo superamento dell'emergenza con una graduale e tempestiva restituzione dei poteri agli enti ordinariamente competenti». Il decreto-legge sarebbe intervenuto quindi, secondo il giudice *a quo*, quando la fase acuta dell'emergenza era stata già superata e non si giustificava più il ricorso a tale tipo di atto legislativo.

L'argomentazione sopra esposta non può essere condivisa, giacché l'esigenza di «consolidare» i risultati positivi ottenuti in una grave situazione di emergenza, quale quella concernente lo smaltimento dei rifiuti in Campania, può essere valutata dal Governo e dalle Camere, come urgente essa stessa, allo scopo di evitare che i predetti risultati siano vanificati da condotte illegali, potenzialmente idonee a ricreare le condizioni che avevano fatto sorgere l'emergenza medesima. I comportamenti previsti dalle norme censurate, se posti in essere nella delicata fase della transizione da una situazione eccezionale ad una di normalità, potrebbero arrestare, o rendere più difficile, il percorso che conduce ad un superamento definitivo dell'emergenza, non ancora verificatosi al momento dell'emanazione del decreto-legge.

Questa Corte ha costantemente affermato che il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge debba limitarsi alla «evidente mancanza» dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dal secondo comma dell'art. 77 Cost., rimanendo invece la valutazione del merito delle situazioni di urgenza nell'ambito della responsabilità politica del Governo nei confronti delle Camere, chiamate a decidere sulla conversione in legge del decreto (*ex plurimis*, tra le più recenti, sentenze n. 128 del 2008, n. 171 del 2007, n. 285 del 2004). Nel caso di specie, per i motivi già esposti, non può essere rilevata tale «evidente mancanza», con la conseguenza che ogni considerazione sulla necessità e urgenza del provvedere appartiene all'ordine dei giudizi politici, che non spettano al giudice delle leggi.

2.3. — Parimenti non fondata è la censura basata sulla pretesa violazione dell'art. 3 Cost., dedotta in quanto le norme *de quibus* introdurrebbero una irragionevole discriminazione tra cittadini, essendo «di fatto» indirizzate agli abitanti di una Regione determinata del Paese.

Lo stesso rimettente riconosce che le norme censurate prevedono come soggetti attivi dei reati in questione tutti coloro che pongano in essere i comportamenti specificamente indicati, indipendentemente dalla loro residenza. Rileva, altresì, lo stesso giudice che le norme in questione si applicano a tutte le porzioni di territorio in cui vige lo stato di



emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, dichiarato ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225 (Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile).

I due rilievi che precedono sono sufficienti ad escludere che sia stato violato il principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, poiché la previsione di un trattamento penale più severo per coloro i quali si rendono responsabili di illeciti che contribuiscono a creare o mantenere una situazione di emergenza ambientale, con grave pericolo per la salute delle popolazioni dei territori interessati, non è manifestamente irragionevole e costituisce una risposta che il legislatore ha ritenuto di dover dare alla diffusione di comportamenti da reprimere con rigore. La circostanza di fatto, sottolineata dal rimettente, che i destinatari di tali norme penali sarebbero prevalentemente gli abitanti delle zone in cui è stata dichiarata l'emergenza, non solo non incide sulla struttura delle norme censurate, che possiedono la necessaria generalità ed astrattezza, ma pone in rilievo che i soggetti tutelati dalle disposizioni sanzionatorie sono proprio le popolazioni coinvolte, di volta in volta, dall'emergenza rifiuti. Il legislatore ritiene tali popolazioni meritevoli di una tutela rafforzata in ragione della situazione specifica in cui esse si trovano, che conferisce alle condotte illecite previste una maggiore offensività. Risulta pertanto rispettato il criterio generale di applicazione del principio di uguaglianza, che impone la disciplina diversa di situazioni diverse, identificate in modo non irragionevole dal legislatore.

Quanto alla temporaneità dello stato di emergenza dichiarato dal Governo — addotta dal rimettente quale giustificazione del proprio dubbio di legittimità costituzionale — si deve osservare che essa è insita nello stesso concetto di emergenza, incompatibile con una sua previsione a tempo indefinito, che renderebbe illegittime tutte le norme fondate su tale premessa.

2.4. — Si deve pure escludere la lamentata violazione della riserva di legge imposta dall'art. 25, secondo comma, Cost. Le norme censurate non appartengono alla categoria delle cosiddette «norme penali in bianco» (che pure, a certe condizioni, questa Corte ha dichiarato costituzionalmente ammissibili: *ex plurimis*, sentenze n. 21 del 2009, n. 292 del 2002, n. 333 del 1991, n. 282 del 1990), in quanto in esse la fattispecie criminosa è compiutamente descritta e le pene sono specificamente previste. La dichiarazione dello stato di emergenza, da parte dell'autorità governativa, è solo una condizione di fatto per l'applicabilità delle norme medesime, che non integra in alcun modo il contenuto del precetto penale, fissato nella legge, in sé e per sé completo ed autosufficiente. Peraltro, la stessa dichiarazione dello stato di emergenza può avvenire solo in presenza dei presupposti legislativamente previsti, costituiti dagli eventi di cui all'art. 2, lettera c), della legge n. 225 del 1992, nei limiti e con le modalità specificati dall'art. 5, comma 1, della stessa legge. L'atto amministrativo a carattere generale, che funge da presupposto per l'applicabilità delle sanzioni penali previste dalle norme censurate, è pertanto esso stesso suscettibile di valutazione, sotto il profilo della legittimità, da parte dei giudici ordinari e di quelli amministrativi, nell'ambito delle rispettive competenze. Non si riscontra quindi la possibilità di decisioni governative illegittime, da cui deriverebbero indirettamente le conseguenze penali previste dalle norme oggetto della presente questione, senza che sia esperibile alcun controllo di legalità.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara non fondate le questioni di legittimità dell'art. 6, lettere a) e d), del decreto-legge 6 novembre 2008, n. 172 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 dicembre 2008, n. 210, sollevate, in riferimento agli articoli 3, 25, secondo comma, e 77, secondo comma, della Costituzione, dal Tribunale di Torre Annunziata, con l'ordinanza in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: SILVESTRI

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA



n. 84

Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Imposte e tasse - Tassa sulle merci imbarcate e sbarcate (cd. tassa portuale) - Assoggettamento alla tassa delle operazioni svolte su qualsiasi struttura di ormeggio - Asserito ampliamento retroattivo del presupposto impositivo con norma autoqualificata interpretativa - Conseguente ritenuta violazione del principio di ragionevolezza e dell'affidamento, con invasione della sfera riservata al potere giudiziario - Eccepita inammissibilità per omesso esperimento, ad opera del rimettente, di soluzione interpretativa costituzionalmente orientata - Reiezione.

- Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 986.
- Costituzione, artt. 3, 101, 102 e 104.

Imposte e tasse - Tassa sulle merci imbarcate e sbarcate (cd. tassa portuale) - Assoggettamento alla tassa delle operazioni svolte su qualsiasi struttura di ormeggio - Asserito ampliamento retroattivo del presupposto impositivo con norma autoqualificata interpretativa - Conseguente ritenuta violazione del principio di ragionevolezza e dell'affidamento, con invasione della sfera riservata al potere giudiziario - Insufficiente motivazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza della questione - Manifesta inammissibilità.

- Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 986.
- Costituzione, artt. 3, 101, 102 e 104.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Ugo DE SIERVO;

Giudici: Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

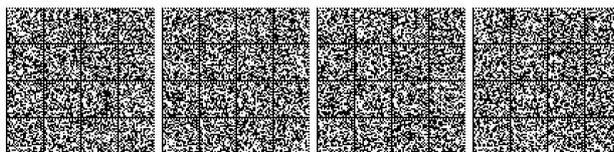
nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 986, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), promosso dalla Commissione tributaria provinciale di Siracusa, nel procedimento vertente tra la Erg Raffinerie Mediterranee s.p.a. e l'Agenzia delle dogane – Direzione Regionale per la Sicilia ed altro, con ordinanza del 10 marzo 2008, iscritta al n. 284 del registro ordinanze 2008 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 40, 1^a serie speciale, dell'anno 2008.

Visti l'atto di costituzione della Erg Raffinerie Mediterranee s.p.a., nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

Udito nell'udienza pubblica del 3 novembre 2009 il giudice relatore Alfio Finocchiaro;

Uditi gli avvocati Lorenzo Acquarone e Daniela Anselmi per la Erg Raffinerie Mediterranee s.p.a. e l'avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto che la Commissione tributaria provinciale di Siracusa — nel corso di un giudizio promosso, con ricorso notificato l'11 maggio 2007, dalla Erg Raffinerie Mediterranee s.p.a. per l'annullamento, previa sospensione, delle note dell'Agenzia delle dogane, Ufficio delle dogane di Siracusa, prot. n. 81676 dell'8 marzo 2007 e prot. n. 13213 del 2 maggio 2007, relative al recupero della tassa sulle operazioni di imbarco e sbarco di merci effettuate attraverso il pontile della baia di Santa Panagia di Siracusa — ha sollevato, su istanza della ricorrente, questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 986, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del



bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), per violazione degli artt. 3, 101, 102 e 104 della Costituzione;

che la Commissione espone la tesi della società ricorrente, di non essere tenuta al pagamento della tassa portuale, per avere sempre effettuato le operazioni di imbarco e sbarco di prodotti petroliferi attraverso il terminale della baia di Santa Panagia, al di fuori dell'ambito territoriale del porto di Siracusa, senza utilizzare alcuna infrastruttura o servizio portuale e servendosi esclusivamente di personale proprio e di proprie infrastrutture ed attrezzature oltre che sotto la propria responsabilità;

che lo stesso giudice *a quo* riferisce che in precedenza, a favore della ISAB, oggi Erg, il Tribunale di Catania, con sentenza n. 386 del 27 marzo 2001, aveva riconosciuto il diritto all'esenzione dal pagamento della tassa in questione per avere effettuato le operazioni di imbarco e sbarco delle merci fuori dall'ambito del porto di Siracusa; e che tale sentenza era stata confermata dalla Corte di appello di Catania con sentenza n. 787 del 9 settembre 2004, gravata con ricorso per cassazione ancora pendente;

che con sentenza del 5 luglio 2004, passata in giudicato, la stessa Commissione tributaria aveva disposto il rimborso della tassa in precedenza pagata e che l'Agenzia delle dogane aveva provveduto al relativo rimborso;

che l'Agenzia delle dogane, Ufficio delle dogane di Siracusa, aveva notificato alla Erg sette ulteriori avvisi di accertamento, con contestuale invito al pagamento, per le operazioni di imbarco-sbarco compiute dal 18 settembre 2001 al 30 aprile 2007 e che tali avvisi erano stati impugnati con separati ricorsi;

che contro la domanda della ricorrente di annullamento, previa sospensione, dei suddetti avvisi per difetto del presupposto legittimante e violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui all'art. 4 della legge 28 gennaio 1994, n. 84 (Riordino della legislazione in materia portuale) e per violazione degli artt. 1 e 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212 (Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente), l'Agenzia delle dogane, costituita in giudizio, riconduceva la propria pretesa al carattere interpretativo del comma 986 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006, secondo cui sono soggette alla tassa le operazioni in qualsiasi modo compiute presso porti, rade, spiagge, zone di attracco, e al fatto che nella circostanza, comunque, la baia di Santa Panagia è ricompresa nell'ambito territoriale del porto di Siracusa;

che i ricorsi venivano riuniti dal giudice tributario, il quale, su istanza della ricorrente, ha sollevato la questione di costituzionalità all'inizio indicata;

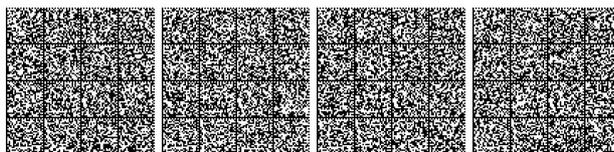
che la Commissione rimettente ha osservato che la controversia riguarda il pagamento della tassa per le merci sbarcate ed imbarcate dalla società Erg Raffinerie mediterranee s.p.a. attraverso il proprio pontile ubicato nella rada aperta di Santa Panagia di Siracusa, per il periodo dal 18 settembre 2001 al 30 aprile 2007;

che il giudice *a quo* riferisce che, secondo la ricorrente, tale tassa, definita tassa portuale, a differenza della cosiddetta tassa erariale — dovuta per le operazioni di sbarco ed imbarco effettuate in qualsiasi porto, rada o spiaggia dello Stato italiano — avrebbe dovuto essere pagata soltanto per le operazioni effettuate nell'ambito di un porto individuato in forza di un decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione (adottato sulla base del procedimento regolato dall'art. 4 della legge n. 84 del 1994 e seguito dall'approvazione di un piano regolatore portuale *ex art. 5* dello stesso atto normativo); e che solo in virtù dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 986, della citata legge n. 296 del 2006, avente carattere innovativo e con effetti retroattivi, la tassa sarebbe dovuta anche per le operazioni effettuate al di fuori dell'ambito portuale;

che alla pretesa della contribuente di non essere tenuta al pagamento, per l'ammontare complessivo di € 32.782.493,95, in quanto il terminale della baia di Santa Panagia, oltre ad essere ubicato al di fuori dell'ambito territoriale del porto di Siracusa, è gestito con proprio personale e con proprie infrastrutture ed attrezzature, si contrappone la tesi dell'Agenzia delle dogane, secondo cui il comma 986 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006, interpretando estensivamente i concetti di porti, rade, strutture d'ormeggio, eccetera, eliminerebbe qualsiasi ambiguità e preverrebbe qualsiasi questione relativa alla tipologia della zona in cui sono ubicati gli attracchi;

che, in punto di rilevanza, la Commissione provinciale osserva che la norma citata, disponendo che «sono soggette alla tassa di ancoraggio e alle tasse sulle merci (...) le merci imbarcate e sbarcate nell'ambito di porti, rade o spiagge dello Stato, in zone o presso strutture di ormeggio, quali banchine, moli, pontili, piattaforme, boe, torri e punti di attracco, in qualsiasi modi realizzati», imporrebbe alla Erg di corrispondere all'Erario tasse di rilevante importo, che non sarebbero dovute in caso di integrale accoglimento della pretesa della ricorrente sulla base della normativa come applicata dalle sentenze di merito finora emesse nei propri confronti;

che, quanto al profilo della non manifesta infondatezza, il giudice *a quo* ritiene che il comma in questione non abbia natura interpretativa, ma innovativa;



che la norma, definita dal legislatore di «interpretazione», amplierebbe, ad avviso del rimettente, il presupposto impositivo della tassa portuale estendendone il pagamento alle operazioni svolte su qualsiasi struttura di ormeggio realizzata al di fuori dell'ambito portuale, laddove, invece, la legge 9 febbraio 1963, n. 82 (Revisione delle tasse e dei diritti marittimi), e la legge 5 maggio 1976, n. 355 (Estensione alle aziende dei mezzi meccanici e magazzini portuali di Ancona, Cagliari, La Spezia, Livorno e Messina di alcuni benefici previsti per gli enti portuali), circoscrivono il pagamento della tassa alle operazioni di imbarco e sbarco di merci svolte nell'ambito di porti debitamente classificati;

che, in contrapposizione ai principi esplicitati dalla Corte costituzionale — secondo cui si deve riconoscere il carattere interpretativo a quelle norme che hanno il fine obiettivo di chiarire il senso di norme preesistenti ovvero di escludere o di enucleare uno dei sensi fra quelli ritenuti ragionevolmente riconducibili alla norma interpretata allo scopo di imporre a chi è tenuto ad applicare la disposizione considerata un determinato significato normativo — il legislatore, con la disposizione in oggetto, non avrebbe inteso chiarire la normativa vigente, ma avrebbe esteso la tassa portuale anche alle operazioni di imbarco e sbarco di merci in zone prive di interventi dell'autorità portuale beneficiaria del gettito della tassa erariale;

che la diversità tra la vecchia disciplina e quella sopravvenuta evidenzerebbe chiaramente il carattere della novità della disposizione censurata e quindi l'illegittimità costituzionale della stessa per avere oltrepassato i limiti della ragionevolezza in contrasto con l'art. 3 Cost.;

che il dubbio sulla legittimità costituzionale della norma sarebbe avvalorato con riferimento al suo carattere retroattivo (in virtù del quale l'Agenzia delle dogane ha richiesto il pagamento della tassa portuale a decorrere dal 18 settembre 2001 e fino al 30 aprile 2007);

che ulteriore violazione dei parametri della ragionevolezza e dell'uguaglianza *ex art. 3 Cost.* sarebbe rilevabile a causa dell'effetto retroattivo e peggiorativo della norma in questione sul piano del legittimo affidamento sorto in capo agli interessati, dal momento che il legislatore potrebbe emanare norme (non penali) con efficacia retroattiva a prescindere dal carattere interpretativo delle stesse, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, quali la tutela dell'affidamento eventualmente sorto in capo agli interessati e la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico;

che, nella fattispecie soggetta al proprio esame, tali condizioni non sarebbero rispettate, secondo la Commissione rimettente, atteso che anche una società di rilevanti dimensioni come la Erg ha necessità di potere confidare su oneri tributari certi e non già su tasse non previste o imprevedibili, introdotte, peraltro, con disposizioni surrettiziamente definite interpretative, ma sostanzialmente dirette a modificare in modo sfavorevole e retroattivo la legislazione vigente;

che, quale norma diretta ad incidere su fattispecie *sub iudice* (è ancora pendente il ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Catania del 9 settembre 2004), il censurato comma 986 interferirebbe pure nella sfera riservata al potere giudiziario e la non manifesta infondatezza della questione di incostituzionalità sarebbe, quindi, da riconoscere anche per il contrasto con gli artt. 101, 102 e 104 Cost., perché il legislatore vulnera la funzione giurisdizionale quando risulti l'intenzione della legge interpretativa di vincolare il giudice ad assumere una determinata decisione in specifiche ed individuate controversie;

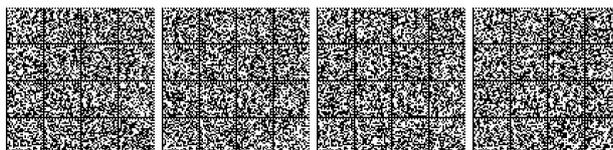
che, a parere della Commissione tributaria, il legislatore, emanando il comma 986, avrebbe vanificato il *decisum* di tre sentenze favorevoli alla Erg (l'ultima è quella della Commissione tributaria provinciale di Siracusa già passata in cosa giudicata), arrogandosi la sua prerogativa di «interprete d'autorità del diritto»;

che nel giudizio innanzi alla Corte si è costituita la Erg Raffinerie Mediterranee s.p.a., concludendo per la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 986, della legge n. 296 del 2006, perché le operazioni di imbarco e sbarco dei prodotti petroliferi sono state sempre eseguite fuori dell'ambito portuale di Siracusa, trovandosi il terminale nella rada aperta di Panagia, senza alcun utilizzo di infrastrutture portuali e senza fruizione di alcun servizio portuale, a mezzo di un pontile che non è un porto, né costituisce impianto sito in un porto o in un'area portuale;

che nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per l'inammissibilità o, comunque, per l'infondatezza della questione;

che, nell'imminenza dell'udienza pubblica, la Erg Raffinerie Mediterranee s.p.a. e l'Avvocatura generale dello Stato hanno depositato memorie, ribadendo e ulteriormente illustrando quanto già sostenuto negli atti di costituzione e d'intervento;

che la parte privata ha inoltre eccepito l'incostituzionalità della norma anche per violazione degli articoli 11, 41, 53 e 111 Cost.;



che la difesa erariale replica alle difese della Erg che il pontile di Santa Panagia sul quale opera la società, fa parte, fisicamente e giuridicamente, dell'ambito portuale di Siracusa, come risulterebbe da una serie di documenti prodotti in sede di merito e non esaminati dal giudice rimettente;

che i profili di contrasto della norma con gli artt. 11, 41, 53 e 111 Cost., sollevati dalla Erg, non sarebbero esaminabili in quanto non contemplati dall'ordinanza di rimessione.

Considerato che la Commissione tributaria provinciale di Siracusa dubita della legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 986, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), laddove, interpretando il comma 982, lettere *a*) e *b*), e il comma 985 dell'art. 1 della stessa legge, amplierebbe il presupposto impositivo della tassa portuale estendendone l'applicazione alle operazioni svolte su qualsiasi struttura di ormeggio realizzata al di fuori dell'ambito portuale, per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., per avere in realtà innovato la disciplina con effetto retroattivo, così assoggettando al tributo ipotesi prima escluse, e per aver violato l'affidamento sorto in capo agli interessati in ordine a oneri tributari certi e prevedibili, nonché degli artt. 101, 102 e 104 Cost., essendo diretto ad incidere su fattispecie *sub iudice*, con l'effetto di invadere la sfera riservata al potere giudiziario;

che l'eccezione di inammissibilità della questione, sollevata dalla difesa erariale, per non avere il giudice rimettente esplorato la possibilità di pervenire, in via interpretativa, ad una soluzione costituzionalmente corretta, non è fondata, giacché la Commissione rimettente ha espressamente argomentato il carattere, a suo avviso, non interpretativo della norma, attribuendole, viceversa, effetto innovativo, con incidenza sulle controversie pendenti;

che sono manifestamente inammissibili e non esaminabili le censure relative alla violazione degli artt. 11, 41, 53 e 111, Cost. sollevate dalla Erg. s.p.a. con la memoria depositata nell'imminenza dell'udienza, trattandosi di questioni non sollevate dall'ordinanza di rimessione;

che in via preliminare deve ravvisarsi sia una insufficiente motivazione sulla rilevanza, sia una insufficiente motivazione sulla non manifesta infondatezza;

che il giudice *a quo* motiva la rilevanza, nel senso che il comma 986 «imporrebbe alla Erg di corrispondere all'erario tasse di rilevante importo, che non sarebbero dovute in caso di integrale accoglimento della pretesa della ricorrente sulla base della normativa come applicata dai suddetti giudici di merito», senza tenere presente la costante giurisprudenza di questa Corte secondo cui la mera enunciazione della fondatezza della questione non è sufficiente a dimostrare la rilevanza della stessa;

che il rimettente non ricostruisce la fattispecie, con quegli elementi di fatto (estraneità ad ambiti portuali), in virtù dei quali la rada di Santa Panagia sarebbe sottratta alla tassa portuale secondo la vecchia disciplina, e rientrerebbe invece nell'ambito di applicazione della norma censurata;

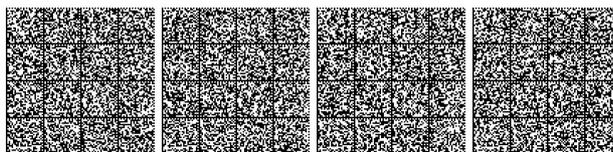
che, infatti, sul punto, il giudice si limita a riferire che, da un lato, secondo la Erg, il terminale attraverso il quale vengono compiute operazioni di sbarco/imbarco di prodotti petroliferi, è al di fuori dell'ambito territoriale del porto di Siracusa, e che non utilizza infrastrutture o servizi portuali, e dall'altro che, secondo l'Agenzia delle dogane, la baia di Santa Panagia rientra nell'ambito territoriale del porto di Siracusa;

che su tale questione controversa il giudice rimettente non prende posizione, ma si limita ad affermare che, secondo le sentenze rese con riguardo ad analoghe pretese dell'Agenzia delle dogane (ma non ancora passate in giudicato, per la pendenza del ricorso per cassazione), le operazioni si sarebbero svolte fuori dell'ambito del porto di Siracusa, e per questo difetterebbero i presupposti di applicabilità della tassa portuale, senza compiere dunque quell'accertamento reso necessario dalle contestazioni in giudizio, richiamate nella memoria dell'Avvocatura generale dello Stato, dalle quali si desumerebbe incontrovertibilmente l'appartenenza dell'approdo di Santa Panagia al porto di Siracusa;

che la Commissione tributaria, inoltre, esclude il carattere interpretativo del comma 986, semplicemente perché le vicende giudiziarie relative a precedenti pretese, allo stesso titolo, dell'amministrazione finanziaria, si sarebbero concluse nel senso della non debenza del tributo, ma non si dà cura di approfondire le questioni connesse a natura e presupposti di applicabilità del tributo, alla ricerca di un significato rientrante nelle possibili letture della disciplina complessiva sulla tassa portuale, che la norma censurata potrebbe essere intervenuta a confermare, e conclude che, secondo la legislazione previgente (leggi n. 82 del 1963 e n. 355 del 1976), il pagamento della tassa è dovuto per operazioni di sbarco/imbarco «svolte nell'ambito di porti debitamente classificati», ma non tiene conto della ulteriore previsione generalizzante, di cui all'art. 28, comma 6, della legge n. 84 del 1994, che adotta quale presupposto dell'imposizione l'appartenenza ad un ambito portuale;

che sulla base delle esposte considerazioni la questione è manifestamente inammissibile.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.



PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 986, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), sollevata, in riferimento agli articoli 3, 101, 102 e 104 della Costituzione, dalla Commissione tributaria provinciale di Siracusa, con l'ordinanza in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

Il Presidente: AMIRANTE

Il redattore: FINOCCHIARO

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA

10C0210

N. 85

Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Responsabilità civile - Risarcimento del danno derivante da sinistro stradale - Azione diretta del danneggiato nei confronti della propria compagnia assicuratrice e non anche nei confronti del responsabile civile e della compagnia assicuratrice di quest'ultimo - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza e del diritto di difesa, nonché asserito eccesso di delega - Omessa motivazione sulla rilevanza della questione e omessa descrizione della fattispecie - Carente motivazione in ordine ad uno degli evocati parametri - Censura riferita a norma regolamentare - Mancata sperimentazione della possibilità di pervenire ad un'interpretazione conforme a Costituzione - Manifesta inammissibilità della questione.

- D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 149.
- Costituzione, artt. 3, 24 e 76; legge 29 luglio 2003, n. 229, art. 4, comma 1.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

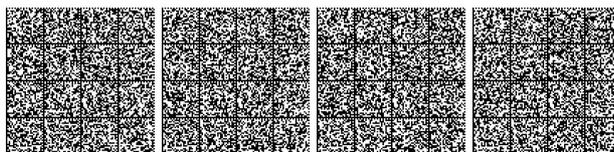
Presidente: Francesco AMIRANTE;

Giudici: Ugo DE SIERVO, Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 149 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private), promosso dal Giudice di pace di Arezzo, nel procedimento civile vertente tra M. Y. e la Toro Assicurazioni s.p.a. ed altro, con ordinanza del 23 settembre 2008, iscritta al n. 69 del registro ordinanze 2009 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 10, 1ª serie speciale, dell'anno 2009.



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

Udito nella camera di consiglio del 16 dicembre 2009 il giudice relatore Alfio Finocchiaro.

Ritenuto che nel corso di un giudizio promosso per il risarcimento del danno subito da M.Y. in un incidente stradale avvenuto il 26 giugno 2007, il Giudice di pace di Arezzo, con ordinanza depositata il 23 settembre 2008, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 149 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private), per violazione degli artt. 3, 24 e 76 della Costituzione;

che il rimettente riferisce che l'attore ha intrapreso l'azione diretta contro la propria compagnia assicuratrice e che si è costituito in causa il preteso danneggiante, il quale ha chiesto sollevarsi la questione di legittimità costituzionale;

che, secondo il giudice *a quo*, in assenza dell'art. 149, comma 6, del d.lgs. n. 209 del 2005, l'azione risarcitoria avrebbe dovuto invece essere esercitata nei confronti del responsabile del danno, soggetto diverso dall'odierna convenuta, e che la stessa conseguenza si avrebbe qualora la norma citata fosse ritenuta in contrasto con la Costituzione;

che, riguardo alla non manifesta infondatezza della questione, il giudice denuncia: *a)* il vizio di formazione legislativa, per avere il Consiglio di Stato espresso il parere su uno schema di codice parzialmente diverso da quello poi emanato e privo delle norme relative al risarcimento diretto; *b)* l'eccesso di delega di cui all'art. 76 Cost., per avere il Governo, introducendo l'azione diretta nei confronti della compagnia di assicurazione del danneggiato, modificato i diritti dei danneggiati, senza che tale facoltà fosse concessa dalla legge delega (legge 29 luglio 2003, n. 229, recante «Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. – Legge di semplificazione 2001»), che in nessun punto autorizzava ad abrogare la normativa in tema di responsabilità per danni dalla circolazione stradale; *c)* la violazione dell'art. 3 Cost., per irragionevole disparità di trattamento fra danneggiati; *d)* la violazione dell'art. 24 Cost., perché ai fini della disciplina del risarcimento diretto, il regolamento adottato in base all'art. 150 prevede che le spese accessorie dovute al danneggiato dall'impresa di assicurazione sono solo quelle relative alle consulenze medico-legali, e non anche quelle di assistenza legale stragiudiziale;

che nel giudizio di legittimità costituzionale è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, deducendo l'inammissibilità e, nel merito, l'infondatezza della questione sollevata.

Considerato che il Giudice di pace di Arezzo dubita della legittimità costituzionale dell'art. 149 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private), nella parte in cui disciplina il risarcimento diretto dei danni da circolazione stradale, per violazione dell'art. 76 Cost., per essere stato il decreto legislativo in esame emanato in assenza del parere del Consiglio di Stato, e, inoltre, per aver esorbitato dalla delega contenuta nell'art. 4, comma 1, della legge 29 luglio 2003, n. 229 (Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. – Legge di semplificazione 2001), operando una revisione abrogativa delle norme preesistenti in tema di responsabilità per danni dalla circolazione; dell'art. 3 Cost., per aver creato irragionevole disparità di trattamento fra danneggiati, assoggettati a diversi trattamenti processuali; nonché dell'art. 24 Cost., per aver previsto l'art. 150 del Codice l'introduzione di un regolamento che esclude il rimborso delle spese di assistenza legale stragiudiziale;

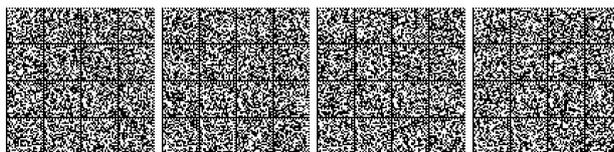
che l'ordinanza del Giudice di pace di Arezzo è priva di qualsiasi riferimento al fatto cui sarebbe applicabile la norma censurata, precisandosi soltanto che l'azione è stata promossa da un soggetto nei confronti della propria compagnia assicuratrice, per il risarcimento dei danni da circolazione di veicoli, e che nel giudizio si è costituito il danneggiante;

che, sulla base dell'anzidetto rilievo, la questione proposta è manifestamente inammissibile sia per omessa specifica motivazione sulla rilevanza della stessa nel giudizio *a quo*, sia per omessa descrizione della fattispecie (*ex plurimis*: ordinanze nn. 201 e 191 del 2009; n. 441 del 2008, tutte in tema di risarcimento diretto);

che, con riguardo al denunciato contrasto con l'art. 76 Cost., non vi è motivazione alcuna, in relazione al procedimento di formazione legislativa, della necessità di un nuovo parere del Consiglio di Stato su uno schema di decreto legislativo al quale, nell'esercizio della funzione legislativa delegata di «riassetto» della materia, siano state apportate modifiche migliorative che tuttavia non abbiano prodotto radicali mutamenti;

che riguardo alla norma regolamentare, cui fa rinvio l'art. 150 dello stesso Codice delle assicurazioni private, che esclude il rimborso al danneggiato delle spese stragiudiziali, la censura, oltre a non essere motivata circa la sua applicabilità nel giudizio *a quo*, si appunta su una norma sottratta al sindacato di costituzionalità (ordinanza n. 440 del 2008);

che, infine, il giudice rimettente non ha adempiuto l'obbligo di ricercare una interpretazione costituzionalmente orientata della norma impugnata, nel senso, cioè, che essa si limita a rafforzare la posizione dell'assicurato rimasto danneggiato, considerato soggetto debole, legittimandolo ad agire direttamente nei confronti della propria compa-



gnia assicuratrice, senza peraltro togliergli la possibilità di fare valere i suoi diritti secondo i principi della responsabilità civile dell'autore del fatto dannoso (in questo senso la sentenza n. 180 del 2009);

che tale interpretazione avrebbe consentito di superare i prospettati dubbi di costituzionalità.

Visti gli articoli 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 149 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private), sollevata, in riferimento agli articoli 3, 24 e 76 della Costituzione, dal Giudice di pace di Arezzo con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

Il Presidente: AMIRANTE

Il redattore: FINOCCHIARO

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA

10C0211

n. 86

Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio sull'ammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

Parlamento - Immunità parlamentari - Procedimento penale per il reato di diffamazione a mezzo stampa a carico di un deputato - Deliberazione di insindacabilità delle opinioni del parlamentare adottata dalla Camera dei deputati - Ricorso per conflitto di attribuzione promosso dal Tribunale di Roma - Sussistenza dei requisiti soggettivo ed oggettivo per l'instaurazione del conflitto - Ammissibilità del ricorso - Comunicazione e notificazione conseguenti.

- Delibera della Camera dei deputati 19 dicembre 2008 (Doc. IV-*quater*, n. 3).
- Costituzione, art. 68, primo comma; legge 11 maggio 1953, n. 87, art. 37.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Francesco AMIRANTE;

Giudici: Ugo DE SIERVO, Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI;

ha pronunciato la seguente



ORDINANZA

nel giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito della deliberazione della Camera dei deputati del 19 dicembre 2008 (Doc. IV-*quater*, n. 3), relativa all'insindacabilità, ai sensi dell'art. 68, primo comma, della Costituzione, delle opinioni espresse dal senatore Maurizio Gasparri, deputato all'epoca dei fatti, nei confronti del dott. Henry John Woodcock, promosso dal Tribunale ordinario di Roma con ricorso depositato in cancelleria il 25 giugno 2009 ed iscritto al n. 11 del registro conflitti tra poteri dello Stato 2009, fase di ammissibilità.

Udito nella camera di consiglio del 13 gennaio 2010 il giudice relatore Maria Rita Saulle.

Ritenuto che il Tribunale ordinario di Roma, con ricorso depositato il 25 giugno 2009, ha promosso conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti della Camera dei deputati, in relazione alla delibera adottata il 19 dicembre 2008 (Doc. IV-*quater*, n. 3), con la quale — in conformità della proposta della Giunta per le autorizzazioni — è stato dichiarato che i fatti per i quali il senatore Maurizio Gasparri — all'epoca deputato — è sottoposto a procedimento penale, riguardano opinioni espresse da un membro del Parlamento nell'esercizio delle sue funzioni e, pertanto, sono coperti da insindacabilità ai sensi dell'art. 68, primo comma, della Costituzione;

che, espone il ricorrente, il parlamentare è chiamato a rispondere del reato di cui agli artt. 595 del codice penale e 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa), per aver rilasciato nel corso di un'intervista, pubblicata il 17 giugno 2006 sul quotidiano «Il Messaggero», dichiarazioni con le quali offendeva l'onore e la reputazione del dott. Henry John Woodcock;

che, in particolare, nel corso della citata intervista affermava: «Io quello lo conosco bene», «Woodcock? Sì. È un bizzarro pm, che spara a vanvera accuse ridicole», «Quando ero ministro, incontrai il cantante Masini», «Due ore dopo averlo incontrato, leggo sulle agenzie che mi è arrivato un avviso di garanzia da parte di Woodcock», «Di aver detto una persona che il suo telefono era controllato», «Macchè! Woodcock spara nomi a casaccio: Maradona e Arsenio Lupin, Gatto Silvestro e Cucciolo, Briatore e il Papa. Quello legge i giornali, pesca qualche nome famoso e via. Io sono finito nel frullatore di Woodcock insieme a Franco Marini», «Il Tribunale dei ministri ha archiviato in poche settimane la risibile accusa contro di me. Scrivendo poche righe ma nettissime: a mia totale difesa e a sua totale condanna», «il Csm, da anni sa che tipo è. Perché non trovano cinque minuti per occuparsi di lui?», «È così poco attendibile che, il giorno che dovesse arrestare un colpevole, lo vedrà finire assolto. Ma la sa questa?...», «È anche un personaggio boccaccesco», «Si narra che a Potenza ci fosse una liaison fra lui e una magistrata donna, adibita ad altra funzione», «Che Vittorio Emanuele, visto che in Italia esistono tipi alla Woodcock, chiederà il ripristino della disposizione transitoria e finale della Costituzione. Che prevede l'esilio per i maschi Savoia»;

che, il Tribunale ordinario di Roma, dopo aver richiamato la giurisprudenza costituzionale riguardante le prerogative di insindacabilità parlamentare, nonché la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ritiene che, nel caso di specie, vi sarebbe una «carezza assoluta di nesso funzionale» tra le dichiarazioni rese dall'imputato e la sua attività parlamentare;

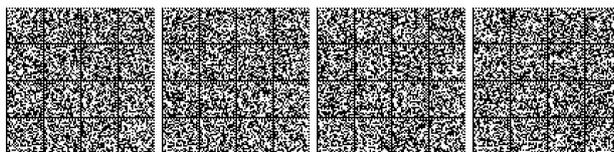
che, in particolare, né la relazione della Giunta per le autorizzazioni conterrebbe la indicazione di «qualsivoglia pregresso atto parlamentare, scritto o orale» da parte dell'allora deputato «cui poter ricondurre le dichiarazioni» oggetto dell'intervista, né la delibera di insindacabilità avrebbe «evidenziato specifici atti parlamentari [...] aventi il medesimo contenuto» delle dichiarazioni;

che, aggiunge il ricorrente, la mancanza di nesso funzionale tra l'attività parlamentare svolta dall'allora deputato ed il contenuto delle affermazioni riportate nell'intervista, sarebbe rinvenibile anche in relazione a quella parte della delibera della Camera dei deputati «relativa alla propalazione di una “voce corrente” sulla persona del dott. Woodcock circa “una liaison fra lui e una magistrata donna, adibita ad altra funzione”», in quanto, nella suddetta delibera, non sarebbe stato indicato alcun «atto parlamentare avente ad oggetto tale circostanza ritenuta dalla persona offesa diffamatoria»;

che, pertanto, il Tribunale ricorrente chiede che questa Corte voglia dichiarare che non spettava alla Camera dei deputati affermare l'insindacabilità delle opinioni espresse dall'allora deputato e, conseguentemente, annullare la delibera adottata in data 19 dicembre 2008.

Considerato che, in questa fase del giudizio, a norma dell'art. 37, terzo e quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), questa Corte è chiamata a deliberare, senza contraddittorio, in ordine all'esistenza o meno della «materia di un conflitto la cui risoluzione spetti alla sua competenza», restando impregiudicata ogni ulteriore decisione, anche in punto di ammissibilità;

che, nella fattispecie, sussistono tanto il requisito soggettivo quanto quello oggettivo del conflitto;



che, infatti, quanto al requisito soggettivo, devono ritenersi legittimati ad essere parte del presente conflitto sia il Tribunale ordinario di Roma, in quanto organo giurisdizionale in posizione di indipendenza costituzionalmente garantita, competente a dichiarare definitivamente, per il procedimento del quale è investito, la volontà del potere cui appartiene; sia la Camera dei deputati, in quanto organo competente a dichiarare definitivamente la propria volontà in ordine all'applicabilità dell'art. 68, primo comma, della Costituzione;

che, quanto al profilo oggettivo, sussiste la materia del conflitto, dal momento che il ricorrente lamenta la lesione della propria sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita da parte della impugnata deliberazione della Camera dei deputati;

che, pertanto, esiste la materia di un conflitto, la cui risoluzione spetta alla competenza di questa Corte.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara ammissibile, ai sensi dell'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87, il conflitto di attribuzione proposto dal Tribunale ordinario di Roma, nei confronti della Camera dei deputati, con l'atto indicato in epigrafe;

Dispone:

a) *che la cancelleria della Corte dia immediata comunicazione della presente ordinanza al Tribunale ordinario di Roma;*

b) *che, a cura del ricorrente, l'atto introduttivo e la presente ordinanza siano notificati alla Camera dei deputati, in persona del suo Presidente, entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione di cui al punto a), per essere successivamente depositati, con la prova dell'avvenuta notifica, presso la cancelleria di questa Corte entro il termine di trenta giorni, previsto dall'art. 24, comma 3, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.*

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

Il Presidente: AMIRANTE

Il redattore: SAULLE

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA

10C0212

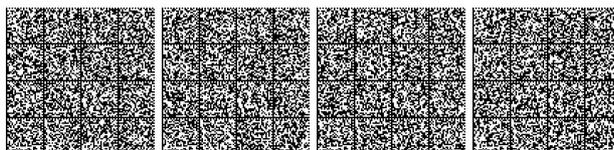
N. 87

Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Salute (tutela della) - Trattamenti sanitari obbligatori - Norme della Regione Veneto - Sospensione degli obblighi vaccinali previsti da leggi statali solo per tutti i nuovi nati a far data dal 1° gennaio 2008 - Ritenuta disparità di trattamento tra cittadini a seconda che siano nati prima o dopo la data indicata nella norma regionale - Difetto di motivazione sulla rilevanza della questione per carente descrizione della fattispecie - Manifesta inammissibilità.

- Legge della Regione Veneto 23 marzo 2007, n. 7, art. 1.
- Costituzione, art. 3.



LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Francesco AMIRANTE;

Giudici: Ugo DE SIERVO, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 1 della legge della Regione Veneto 23 marzo 2007, n. 7 (Sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva), promosso dal Giudice di pace di Padova, nel procedimento vertente tra Maragno Deborah ed altro e il Comune di Padova, con ordinanza dell'8 ottobre 2008, iscritta al n. 201 del registro ordinanze 2009 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 33, 1ª serie speciale, dell'anno 2009.

Visto l'atto di intervento della Regione Veneto;

Udito nella camera di consiglio del 27 gennaio 2010 il giudice relatore Ugo De Siervo.

Ritenuto che con ordinanza dell'8 ottobre 2008, pervenuta a questa Corte il 24 giugno 2009, il Giudice di pace di Padova ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Veneto 23 marzo 2007, n. 7 (Sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva), nella parte in cui sospende l'«obbligo vaccinale» «per tutti i nuovi nati a far data dal 1° gennaio 2008», in riferimento all'art. 3 della Costituzione;

che la disposizione impugnata, al comma 1, stabilisce infatti che, a partire dal termine appena indicato, venga meno l'obbligo, previsto dalla legislazione statale, di sottoporre i minori alle vaccinazioni antidifterica, antitetanica, antipoliomielitica e contro l'epatite virale B;

che il rimettente, dopo avere premesso di essere investito di un giudizio di opposizione ad ordinanza-ingiunzione adottata dal Comune di Padova, afferma, in ordine alla rilevanza della questione, che «l'eventuale rigetto del ricorso comporterebbe l'obbligatorietà della vaccinazione per la figlia della coppia» che ha proposto il ricorso;

che ciò determinerebbe, sempre a parere del giudice *a quo*, «una palese disparità di trattamento tra cittadini, a seconda che la nascita dei bimbi sia avvenuta prima o dopo la data indicata nella norma regionale», in violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.;

che è intervenuta in giudizio la Regione Veneto, chiedendo che la questione sia dichiarata «inammissibile e comunque infondata»;

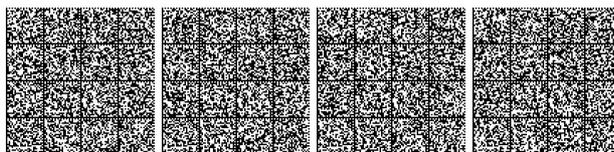
che la Regione eccepisce, anzitutto, l'inammissibilità della questione, a causa della carente «individuazione» e della «indeterminatezza della materia del contendere», poiché il rimettente non avrebbe precisato che oggetto della questione di legittimità costituzionale è il solo comma 1 dell'art. 1 della legge impugnata, disposizione che si compone di altri due commi;

che, in secondo luogo, la questione sarebbe inammissibile poiché il giudizio *a quo* avrebbe per oggetto l'impugnazione di una sanzione amministrativa pecuniaria irrogata ai genitori di una minore, in ragione della violazione dell'obbligo di sottoporla a vaccinazione: sarebbe pertanto contraddittorio, da parte del rimettente, sostenere, quanto alla rilevanza, che per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma impugnata tale obbligo verrebbe meno;

che, al contrario, secondo la Regione si dovrebbe ritenere la persistenza di esso, in quanto imposto dalla normativa nazionale;

che l'odierno incidente di legittimità pare piuttosto alla difesa regionale «strumentale al tentativo di sottrarsi all'applicazione di un obbligo, e delle relative sanzioni, che discendono da fonte normativa affatto diversa»;

che, infine, la Regione Veneto, dopo avere osservato che la disposizione censurata intende «favorire un approccio più attivo e consapevole della popolazione rispetto agli strumenti della profilassi vaccinale», ritiene che lo stesso fluire del tempo giustifichi la scelta del legislatore regionale di individuare una data certa, a partire dalla quale soltanto venga sospeso l'obbligo di vaccinazione.



Considerato che il Giudice di pace di Padova ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Veneto 23 marzo 2007, n. 7 (Sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva), nella parte in cui tale norma sospende l'obbligo di vaccinare i minori «solo» per tutti i nuovi nati a far data dal 1° gennaio 2008, in riferimento all'art. 3 della Costituzione;

che la disposizione impugnata, sospendendo tale obbligo con riguardo alle vaccinazioni previste obbligatoriamente dalla normativa statale contro difterite, tetano, polio ed epatite virale B, troverebbe applicazione esclusivamente con riguardo a chi sia nato a partire dal 1° gennaio 2008;

che, secondo il rimettente, tale discriminazione temporale, escludendo i minori nati anteriormente al 2008, creerebbe «una palese disparità di trattamento tra cittadini», in violazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.;

che la disposizione impugnata, di cui il rimettente sollecita l'estensione, non viene, viceversa, apprezzata con riguardo all'osservanza, da parte del legislatore regionale, dei principi fondamentali in materia di tutela della salute, affidati dall'art. 117, terzo comma, Cost., alla competenza della legge statale;

che il rimettente omette completamente di descrivere la fattispecie del giudizio principale, con riguardo non solo ai fatti verificatisi, alla data di nascita del minore coinvolto e alla tipologia della vaccinazione di cui si controverte, ma anche all'oggetto dell'ordinanza-ingiunzione, sulla cui legittimità è chiamato a giudicare;

che tale carenza impedisce a questa Corte di verificare la plausibilità dell'asserzione svolta dal medesimo rimettente in punto di rilevanza, circa il fatto per cui «l'eventuale rigetto del ricorso comporterebbe l'obbligatorietà della vaccinazione per la figlia» dei ricorrenti;

che la rilevanza della questione di legittimità costituzionale va motivata con riguardo all'oggetto del giudizio principale;

che, sotto tale prospettiva, è del tutto inverosimile, alla luce della competenza assegnata dalla legge al giudice di pace, che tale oggetto sia costituito dall'accertamento dell'obbligo di sottoporre i minori a vaccinazione;

che, quand'anche ciò fosse, questa Corte ha già evidenziato che «la vaccinazione deve essere omessa o differita nel caso di accertati pericoli concreti per la salute del minore» (ordinanza n. 262 del 2004), sicché l'affermazione del rimettente in ordine all'obbligatorietà del vaccino, mancando ogni osservazione su quest'ultimo fondamentale punto della questione, è per di più inesatta, in quanto incompleta;

che il difetto di motivazione sulla rilevanza per carente descrizione della fattispecie comporta la manifesta inammissibilità della questione (*ex plurimis*, ordinanze n. 219 e n. 211 del 2009).

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e, 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Veneto 23 marzo 2007, n. 7 (Sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva), sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Giudice di pace di Padova con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

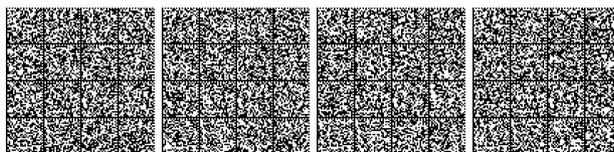
Il Presidente: AMIRANTE

Il redattore: DE SIERVO

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA



n. 88

Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Patrocinio a spese dello Stato - Procedimento civile - Onorari e spese dovuti al difensore di parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato - Prevista liquidazione anche nel caso in cui il difensore proponga un'impugnazione dichiarata inammissibile - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza e di ragionevole durata del processo - Parziale ricostruzione del quadro normativo di riferimento - Manifesta infondatezza della questione.

- D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 131.
- Costituzione, artt. 3 e 111.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Ugo DE SIERVO;

Giudici: Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 131 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), promosso dalla Corte d'appello di Catania, sezione minori, sull'istanza proposta da G.C. con ordinanza del 15 dicembre 2008, iscritta al n. 213 del registro ordinanze 2009 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 35, 1^a serie speciale, dell'anno 2009.

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

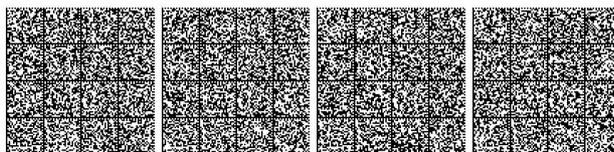
Udito nella camera di consiglio del 27 gennaio 2010 il giudice relatore Maria Rita Saulle.

Ritenuto che la Corte d'appello di Catania, sezione minori, con ordinanza del 15 dicembre 2008, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 111 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), nella parte in cui consente la liquidazione dell'onorario al difensore di persona ammessa al patrocinio a spese dello Stato anche quando viene proposta una impugnazione inammissibile;

che la rimettente riferisce di aver dichiarato il reclamo avanzato dall'avv. G.C., in qualità di difensore di M.M., ammesso al patrocinio a spese dello Stato, avverso un decreto emesso dal Tribunale dei minori di Catania, inammissibile e che, nonostante ciò, deve provvedere al pagamento degli onorari spettanti al difensore anche in tale fase (nella misura prevista dagli artt. 82, comma 1 e 83, comma 2, del d.P.R. n. 115 del 2002), in quanto essi rientrano, ai sensi dell'art. 131 citato, tra le spese anticipate dall'erario indipendentemente dall'esito del giudizio di gravame;

che il giudice *a quo* rileva che, a differenza di quanto previsto nel giudizio civile per effetto della norma censurata, l'art. 106 del d.P.R. n. 115 del 2002, nel disciplinare il patrocinio a spese dello Stato nell'ambito del processo penale, dispone che non sia liquidato alcun compenso nel caso di impugnazioni dichiarate inammissibili, comportando ciò una disparità di trattamento per i difensori in ragione del diverso procedimento in cui prestano la loro opera;

che, in particolare, la Corte rimettente ritiene tale diversa disciplina irragionevole, tenuto conto, da un lato, della identità di ragioni che nel processo penale e in quello civile possono condurre alla dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione, quali la tardività dell'atto di gravame (art. 585 cod. proc. pen. e artt. 325 e 326 cod. proc. civ.);



dall'altro, delle similitudini del giudizio di secondo grado, limitato, salvi casi eccezionali, dalle acquisizioni probatorie assunte in primo grado;

che, a parere della rimettente, la norma censurata violerebbe anche il principio della ragionevole durata del processo, poiché, nel prevedere sempre la liquidazione di un compenso a spese dello Stato, costituisce un incentivo ad impugnare le sentenze civili anche quando non ricorrano i presupposti di legge, con conseguente inutile aggravio delle Corti d'appello e inevitabile allungamento dei tempi di trattazione delle cause;

che, in punto di rilevanza, la Corte d'appello si limita ad osservare di essere chiamata a liquidare l'onorario all'avv. G.C. e, quindi, di dover applicare l'art. 131 del d.P.R. n. 115 del 2002;

che è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o infondata;

che, in via preliminare, la difesa erariale osserva che la rimettente ha omesso di esplorare la possibilità di pervenire ad un'interpretazione conforme a Costituzione della norma censurata e, comunque, ha richiesto alla Corte un intervento manipolativo al di fuori di qualsiasi vincolo costituzionale;

che l'ordinanza di rimessione sarebbe, poi, non sufficientemente motivata in ordine alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza della questione, non indicando tra l'altro la Corte d'appello se l'impugnazione proposta sia stata effettivamente dichiarata inammissibile;

che, comunque, sarebbe errato il presupposto interpretativo da cui muove il giudice *a quo*, secondo il quale la liquidazione degli onorari del difensore di persona ammessa al patrocinio a spese dello Stato sarebbe sempre dovuta, anche in caso in cui venga proposta una impugnazione inammissibile, atteso che l'art. 82 del d.P.R. n. 115 del 2002 assegna un margine di discrezionalità al giudice chiamato a liquidare i suddetti onorari, essendo egli tenuto a valutare in concreto l'impegno professionale e gli atti compiuti dall'avvocato, fino al punto di poter negare la liquidazione richiesta;

che, quanto alla presunta violazione dell'art. 3 della Costituzione, la difesa erariale si limita ad osservare che non vi è alcun vincolo costituzionale che impone al legislatore l'adozione di un modello unico di procedimento di liquidazione degli onorari del difensore di persona ammessa al patrocinio a spese dello Stato, rilevando nel caso di specie la diversa disciplina che contraddistingue il processo penale da quello civile;

che, quanto alla presunta violazione dell'art. 111 della Costituzione, l'Avvocatura ritiene il richiamo a tale parametro inconferente, in quanto la norma denunciata attiene ad un sub procedimento (quello di liquidazione degli onorari del difensore) non idoneo ad incidere sui tempi di celebrazione del processo cui accede.

Considerato che la Corte d'appello di Catania, sezione minori, censura l'art. 131 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), «nella parte in cui consente la liquidazione dell'onorario al difensore» di persona ammessa al patrocinio a spese dello Stato, anche quando egli propone una impugnazione dichiarata inammissibile, ritenendolo, in parte *de qua*, in contrasto con gli artt. 3 e 111 della Costituzione;

che la Corte rimettente rileva che la norma censurata, nell'imporre l'indicata liquidazione, da un lato, favorisce in modo irragionevole il difensore nei procedimenti civili, in quanto in sede penale l'art. 106 del d.P.R. n. 115 del 2002 prevede che non si debba pervenire alla suddetta liquidazione in caso di impugnazione dichiarata inammissibile; dall'altro, nel prevedere sempre la liquidazione di un compenso a spese dello Stato, costituisce un incentivo ad impugnare le sentenze civili anche quando non ricorrano i presupposti di legge, con conseguente inutile aggravio delle Corti d'appello e inevitabile allungamento dei tempi di trattazione delle cause;

che la questione è manifestamente infondata;

che la rimettente nel prospettare il dubbio di costituzionalità ha trascurato di considerare gli artt. 120 e 136 del d.P.R. n. 115 del 2002;

che, in particolare, tali norme, inserite nel Titolo IV del citato decreto che disciplina il patrocinio a spese dello Stato nel processo civile, amministrativo, contabile e tributario, prevedono che «La parte ammessa rimasta soccombente non può giovare dell'ammissione per proporre impugnazione, salvo che per l'azione di risarcimento del danno nel processo penale» (art. 120) e che «Con decreto il magistrato revoca l'ammissione al patrocinio provvisoriamente disposta dal consiglio dell'ordine degli avvocati, se risulta l'insussistenza dei presupposti per l'ammissione ovvero se l'interessato ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave» (art. 136);

che delle indicate disposizioni, in quanto riferite al patrocinio a spese dello Stato in ambito civile, la ricorrente avrebbe dovuto tener conto al fine di valutarne l'eventuale applicazione nella fattispecie concreta e, in tal modo, la loro idoneità a superare il dubbio di costituzionalità sollevato;



che, dunque, le doglianze della Corte d'appello rimettente si fondano su una ricostruzione parziale del quadro normativo, sicché la pretesa compromissione dei canoni di ragionevolezza e di ragionevole durata del processo finisce per risultare palesemente destituita di fondamento.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 111 della Costituzione, dalla Corte d'appello di Catania, sezione minori, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: SAULLE

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA

10C0214

N. 89

Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Misure di prevenzione - Inosservanza degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno - Trattamento sanzionatorio - Reclusione da uno a cinque anni - Denunciata irragionevole disparità di trattamento dei trasgressori ed asserita lesione dei principi di proporzionalità e della finalità rieducativa della pena - Omessa formulazione di uno specifico *petitum* - Erronea ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento - Manifesta inammissibilità della questione.

- Legge 27 dicembre 1956, n. 1423, art. 9, comma secondo, come sostituito dall'art. 14 del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155.
- Costituzione, artt. 3 e 27, terzo comma.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Ugo DE SIERVO;

Giudici: Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI;

ha pronunciato la seguente



ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 9, secondo comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), sostituito dall'art. 14 del decreto-legge del 27 luglio 2005, n. 144 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 144, promosso dal Tribunale di Caltanissetta nel procedimento penale a carico di F.E.R.C., con ordinanza del 22 ottobre 2008, iscritta al n. 112 del registro ordinanze 2009 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 16, 1ª serie speciale, dell'anno 2009.

Udito nella camera di consiglio del 27 gennaio 2010 il giudice relatore Alessandro Criscuolo.

Ritenuto che il Tribunale di Caltanissetta, in composizione monocratica, con l'ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 9, secondo comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), così come sostituito dall'articolo 14 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, nella parte in cui prevede la pena della reclusione da uno a cinque anni in caso d'inosservanza degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno;

che il rimettente riferisce di essere chiamato a giudicare F.E.R.C., nei cui confronti il giudice per le indagini preliminari ha emesso decreto di giudizio immediato in ordine al reato previsto e punito dall'art. 116, comma 13, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), come modificato dal decreto-legge 3 agosto 2007, n. 117 (Disposizioni urgenti modificative del codice della strada per incrementare i livelli di sicurezza nella circolazione), convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 2 ottobre 2007, n. 160, ed al delitto previsto e punito dall'art. 9, primo e secondo comma, della legge n. 1423 del 1956, così come modificato dalla legge n. 155 del 2005;

che, in particolare, l'imputato, sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno nel comune di residenza, risponde dei suddetti reati per avere contravvenuto alle prescrizioni inerenti alla misura stessa, tra cui quelle di vivere onestamente e di rispettare la legge, avendo guidato un'autovettura senza avere conseguito la patente (fatto commesso in San Cataldo il 28 settembre 2007);

che il rimettente, dopo aver posto in evidenza che la nuova formulazione della norma di cui all'art. 9, secondo comma, della legge n. 1423 del 1956, equipara le condotte consistenti nella violazione delle prescrizioni inerenti alla misura della sorveglianza speciale, con l'obbligo o il divieto di soggiorno, alla condotta consistente nella violazione dell'obbligo o del divieto di soggiorno, dà atto della sussistenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la condotta di guida senza patente o con patente revocata è riconducibile alla violazione della prescrizione di osservare le leggi inerente all'imposizione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza;

che, pertanto, nel caso in cui sia stata applicata detta misura con obbligo o divieto di soggiorno, la condotta di guida senza patente o con patente revocata integra il delitto di cui all'art. 9, secondo comma, in concorso con la violazione contemplata dal codice della strada;

che, alla luce di tale premessa, il rimettente osserva come «nelle ipotesi connotate da esigenze di prevenzione di maggiore rilevanza e, per l'effetto, disciplinate da una specifica e più rigorosa normativa speciale, in cui detta misura sia applicata a soggetti indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso e similari (così art. 1 della legge n. 575/1965), ove venga accertato un caso di guida di un autoveicolo o motoveicolo senza patente o dopo che la patente sia stata negata, sospesa o revocata si applica — per giurisprudenza parimenti consolidata (*cf.* da ultimo, Cass. pen. sez. V, sent. n. 2655/2006) — la pena dell'arresto da sei mesi a tre anni qualora si tratti di persona già sottoposta, con provvedimento definitivo, a misura di prevenzione»;

che, ad avviso del giudice *a quo*, «le predette fattispecie incriminatrici — le quali, in origine, cadenzavano un ragionevole crescendo sanzionatorio, stante la differente gravità che il medesimo fatto oggettivo (la guida di un autoveicolo o motoveicolo senza patente) poteva assumere» se posto in essere da un soggetto sottoposto alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ai sensi dell'art. 3 della legge n. 1423 del 1956 (assoggettato alla sanzione dell'arresto da tre mesi ad un anno), ovvero da un soggetto sottoposto ad analoga misura di prevenzione ai sensi della legge n. 575 del 1965 (punito con la pena dell'arresto da sei mesi a tre anni) — risultano, oggi a seguito della intervenuta sostituzione del disposto dell'art. 9, secondo comma, della legge n. 1423 del 1956, assoggettate ancora a sanzioni differenti, ma nel senso opposto, rispetto a quanto accadeva in precedenza;

che, secondo il rimettente, la condotta posta in essere dai soggetti di minore pericolosità sociale è assoggettata alla più grave sanzione prevista dal secondo comma del suddetto art. 9 (reclusione da uno a cinque anni), mentre



si applica, ai sensi dell'art. 15 del codice penale, ai soli sorvegliati speciali indiziati di appartenere ad associazioni mafiose, e, come tali, sottoposti alla misura di prevenzione, la disposizione di legge speciale di cui all'art. 6 della legge n. 575 del 1975 (e con essa la pena dell'arresto da sei mesi a tre anni);

che, ad avviso del giudice *a quo*, nel caso di specie, si realizza una valutazione difforme, a fini sanzionatori, di condotte illecite «oggettivamente identiche e soggettivamente differenti», riservando un trattamento deteriore a quella tra le due ipotesi caratterizzata da minore pericolosità sociale dell'agente, ovvero il sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno di cui all'art. 1 della legge n. 1423 del 1956;

che, inoltre, il giudice *a quo* rileva come l'art. 3, primo comma, Cost., imponga il bilanciamento tra le esigenze di sicurezza da tutelare e il bene della libertà personale, sicché, solo quando la pena sia stabilita con la necessaria proporzionalità, essa risponde alla funzione rieducativa di cui all'art. 27 Cost.

Considerato che il Tribunale di Caltanissetta dubita, in riferimento agli articoli 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'articolo 9, secondo comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), così come sostituito dall'articolo 14 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, nella parte in cui prevede la pena della reclusione da uno a cinque anni in caso di inosservanza degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno;

che il rimettente riferisce di essere chiamato a giudicare una persona imputata della contravvenzione di cui all'art. 116, comma 13, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), così come modificato dal decreto-legge 3 agosto 2007, n. 117 (Disposizioni urgenti modificative del codice della strada per incrementare i livelli di sicurezza nella circolazione), convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 2 ottobre 2007, n. 160), e del delitto di cui all'art. 9, primo e secondo comma, della legge n. 1423 del 1956, così come sostituito dall'art. 14 del decreto-legge n. 144 del 2005, convertito dalla legge n. 155 del 2005, perché, sottoposto alla misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel comune di residenza, contravveniva alla prescrizione di vivere onestamente e di rispettare le leggi, essendo stato colto alla guida di un'autovettura senza avere conseguito la patente;

che il giudice *a quo* dubita della legittimità costituzionale della disposizione censurata in quanto, con riferimento alla condotta consistente nella violazione della prescrizione di vivere onestamente e rispettare le leggi, concretizzatasi nel fatto di guidare senza avere conseguito la patente o con patente revocata o sospesa, appare irragionevole che detta disposizione preveda un trattamento sanzionatorio più grave rispetto a quello contemplato dall'art. 6 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere), con riferimento alla stessa condotta posta in essere da soggetti sottoposti ad analoga misura di prevenzione, indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o ad altre associazioni di cui all'art. 1 della legge n. 575 del 1965;

che ad avviso del rimettente, dunque, nel caso di guida senza avere conseguito la patente o con patente revocata o sospesa, posta in essere da un soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, indiziato di appartenere ad associazioni mafiose o similari, ai sensi dell'art. 15 del codice penale deve trovare applicazione la sola disposizione speciale di cui all'art. 6 della legge n. 575 del 1965, la quale prevede la pena dell'arresto da tre mesi a tre anni;

che, inoltre, secondo il giudice *a quo* il trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione censurata non è proporzionato al disvalore del fatto e, quindi, si pone in contrasto con l'art. 27 Cost.;

che la questione è manifestamente inammissibile;

che, infatti, il rimettente ha ommesso di formulare un *petitum* specifico, lasciando indeterminato il contenuto dell'intervento richiesto a questa Corte, essendosi limitato ad affermare la non ragionevolezza del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione censurata a seguito della modifica apportata dal d.l. n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 155 del 2005 (*ex multis*: ordinanze n. 98 e n. 70 del 2009, n. 380 del 2008, n. 35 del 2007);

che la manifesta inammissibilità della questione deve essere dichiarata anche in considerazione dell'erroneità della ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale da cui muove il rimettente;

che, infatti, il giudice *a quo* erroneamente ritiene che, quando la condotta di guida senza avere conseguito la patente, o con patente sospesa o revocata, sia stata commessa dal sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, perché indiziato di appartenere ad un'associazione di tipo mafioso o similare di cui all'art. 1 della legge n. 575 del 1965, si configuri, ai sensi dell'art. 15 cod. pen., soltanto la fattispecie di cui all'art. 6 della legge n. 575 del 1965 e non anche la più grave fattispecie prevista dalla disposizione impugnata;



che, dunque, il rimettente ha escluso, senza addurre alcuna motivazione, la configurabilità del concorso formale (art. 81, primo comma, cod. pen.) tra le anzidette fattispecie, omettendo di considerare l'esplicito rinvio effettuato dall'art. 5 della legge n. 575 del 1965 all'art. 9 della legge n. 1423 del 1956;

che, in tal senso, la Corte di cassazione ha affermato che in tema di misure di prevenzione personali la condotta di guida senza patente, o con patente revocata, posta in essere dal soggetto sottoposto con provvedimento definitivo alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di p. s., dà luogo non soltanto all'autonomo reato punibile ai sensi dell'art. 6 della legge n. 575 del 1965, ma anche al reato di cui all'art. 9, secondo comma, della legge n. 1423 del 1956 (nella più severa previsione introdotta dall'art. 14 del d.l. n. 144 del 2005, convertito dalla legge n. 155 del 2005), che non può ritenersi assorbito nel primo (Cass. sentenza n. 8496 del 2009);

che, peraltro, anche volendo ritenere applicabile la regola stabilita dall'art. 15 cod. pen., il giudicante ha ommesso di indicare i motivi in base ai quali ritiene che la disposizione speciale sia quella di cui all'art. 6 della legge n. 575 del 1965 e non, invece, quella di cui all'art. 9, secondo comma, della legge n. 1423 del 1956, nel testo sostituito dal citato art. 14, dal momento che tale ultima disposizione si applica soltanto al soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno e non ad altre misure di prevenzione, come, invece, previsto dall'art. 6 della legge n. 575 del 1965.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 9, secondo comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), come sostituito dall'articolo 14 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, sollevata, in riferimento agli articoli 3 e 27, terzo comma, della Costituzione dal Tribunale di Caltanissetta, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: CRISCUOLO

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA

10C0215

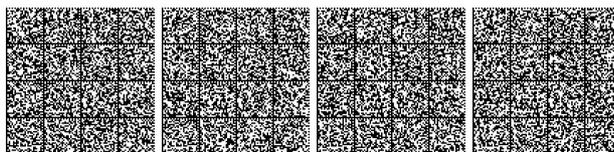
N. 90

Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Appalti pubblici - Norme della Regione Veneto - Disciplina per la realizzazione, le verifiche di conformità e il collaudo degli impianti sciistici e delle piste - Rinvio alle norme della legge regionale n. 27 del 2003 anziché alla disciplina del codice dei contratti pubblici - Ricorso del Governo - Sopravvenienza, in prossimità dell'udienza pubblica, di modifica legislativa della normativa regionale censurata - Richiesta di rinvio del giudizio, cui ha aderito la parte resistente - Rinvio della causa a nuovo ruolo.

- Legge della Regione Veneto 21 novembre 2008, n. 21, artt. 24, comma 4, e 40, comma 4.
- Costituzione, artt. 97 e 117, secondo comma, lett. e) ed l).



LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Francesco AMIRANTE;

Giudici: Ugo DE SIERVO, Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 24, comma 4, e 40, comma 4, della legge della Regione Veneto 21 novembre 2008, n. 21 (Disciplina degli impianti a fune adibiti al servizio pubblico di trasporto, delle piste e dei sistemi di innevamento programmato e della sicurezza nella pratica degli sport sulla neve), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso spedito per la notifica il 23 gennaio 2009, depositato in cancelleria il 27 gennaio 2009 ed iscritto al n. 5 del registro ricorsi 2009.

Visto l'atto di costituzione della Regione Veneto;

Udito nell'udienza pubblica del 9 febbraio 2010 il giudice relatore Sabino Cassese;

Uditi l'avvocato dello Stato Gaetano Zotta per il Presidente del Consiglio dei ministri e l'avvocato Andrea Manzi per la Regione Veneto.

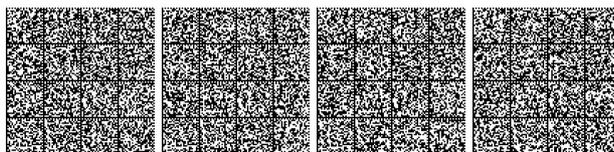
Ritenuto che il Presidente del Consiglio dei ministri, con ricorso del 23 gennaio 2009, depositato il 27 gennaio 2009 (reg. ric. n. 5 del 2009), ha impugnato gli artt. 24, comma 4, e 40, comma 4, della legge della Regione Veneto 21 novembre 2008, n. 21 (Disciplina degli impianti a fune adibiti al servizio pubblico di trasporto, delle piste e dei sistemi di innevamento programmato e della sicurezza nella pratica degli sport sulla neve);

che, ad avviso del ricorrente, entrambe le disposizioni censurate, nella parte in cui rinviano alla disciplina dettata dalla legge della Regione Veneto 7 novembre 2003, n. 27 (Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche), come successivamente modificata dalle leggi della Regione Veneto 26 novembre 2004, n. 23, e 20 luglio 2007, n. 17, si porrebbero in contrasto con gli artt. 97 e 117, secondo comma, lettere *e*) e *l*), Cost.;

che, in prossimità dell'udienza pubblica, gli artt. 3 e 4 della legge della Regione Veneto 22 gennaio 2010, n. 4 (Modifiche alla legge regionale 21 novembre 2008, n. 21 «Disciplina degli impianti a fune adibiti al servizio pubblico di trasporto, delle piste e dei sistemi di innevamento programmato e della sicurezza nella pratica degli sport sulla neve»), hanno modificato le disposizioni impuginate sostituendo, in entrambe le ipotesi (impianti a fune adibiti a servizio pubblico di trasporto e piste da sci), il censurato rinvio alla disciplina della legge della Regione Veneto n. 27 del 2003 con un richiamo alla «normativa vigente in materia»;

che l'Avvocatura generale dello Stato, nel corso dell'udienza pubblica, ha formulato richiesta di rinvio al fine di poter consentire al Presidente del Consiglio dei ministri di valutare, a seguito delle modifiche legislative intervenute, la persistenza dell'interesse al ricorso;

che la Regione Veneto ha aderito alla richiesta di rinvio, affermando che le disposizioni impuginate non hanno trovato *medio tempore* applicazione.



Considerato che un rinvio consentirebbe al Presidente del Consiglio dei ministri di valutare la persistenza dell'interesse al ricorso e permetterebbe anche, a entrambe le parti, di raccogliere e fornire a questa Corte elementi probatori riguardanti la asserita mancata applicazione delle disposizioni impugnate nel periodo in cui esse sono state in vigore; che la richiesta di rinvio, concordemente formulata dalle parti, appare pertanto meritevole di accoglimento.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Rinvia la causa a nuovo ruolo.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

Il Presidente: AMIRANTE

Il redattore: CASSESE

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA

10C0216

n. 91

Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Reati e pene - Atti contrari alla pubblica decenza - Mancata abrogazione o depenalizzazione limitatamente all'ipotesi di condotta colposa - Denunciata irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio rispetto al delitto di atti osceni, nonché asserita lesione dei principi di colpevolezza e della finalità rieducativa della pena - Contraddittorietà e carente descrizione della fattispecie concreta, con conseguente impossibilità di verifica della rilevanza - Formulazione di un *petitum* oscuro o, comunque, segnato dalla prospettazione di soluzioni alternative - Manifesta inammissibilità della questione.

- D.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, art. 44; legge 25 giugno 1999, n. 205, artt. 1 e 7, comma 1, lett. c); cod. pen., art. 726.
- Costituzione, artt. 3 e 27.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Ugo DE SIERVO;

Giudici: Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI;

ha pronunciato la seguente



ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 44 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507 (Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205) e degli artt. 1 e 7, comma 1, lettera *c*) della legge 25 giugno 1999, n. 205 (Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario), in relazione all'art. 726 del codice penale, promosso dal Giudice di pace di San Severino Marche, nel procedimento penale a carico di F.T., con ordinanza del 20 luglio 2009, iscritta al n. 270 del registro ordinanze 2009 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 20, 1ª serie speciale, dell'anno 2009.

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

Udito nella Camera di consiglio del 10 febbraio 2010 il giudice relatore Gaetano Silvestri.

Ritenuto che il Giudice di pace di San Severino Marche, con ordinanza del 20 luglio 2009, ha sollevato — in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione — questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507 (Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205) e degli artt. 1 e 7, comma 1, lettera *c*), della legge 25 giugno 1999, n. 205 (Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario), in relazione all'art. 726 del codice penale, nella parte in cui non prevedono la «eliminazione» o la trasformazione in illecito amministrativo degli atti contrari alla pubblica decenza, limitatamente all'ipotesi di condotta tenuta per colpa;

che il rimettente procede nei confronti di persona accusata del reato di cui all'art. 726 cod. pen., in quanto sorpresa da agenti di polizia giudiziaria mentre urinava in una pubblica via, esposta alla vista dei passanti e degli abitanti delle case prospicienti;

che il difensore dell'interessato, nelle more dell'udienza dibattimentale, ha depositato un atto contenente «dichiarazioni spontanee» del proprio assistito, ed una memoria nella quale eccepisce l'illegittimità costituzionale della norma cui si riferisce l'imputazione;

che secondo il rimettente «risulta» — tanto dalle relazioni della polizia giudiziaria (acquisite agli atti con il consenso delle parti), quanto dalle dichiarazioni difensive — che l'imputato «ha commesso il fatto per colpa»;

che, sempre secondo l'opinione del giudice *a quo*, dovrebbe comunque pervenirsi ad una affermazione di responsabilità dell'interessato, poiché la fattispecie contestata, «in base alla sua attuale formulazione», sanzionerebbe anche fatti commessi «per colpa e negligenza»;

che la conclusione pare al rimettente produttiva di conseguenze non compatibili con i principi fissati all'art. 3 Cost.;

che infatti, ed in primo luogo, andrebbe considerato il rapporto di genere a specie esistente tra l'ipotesi contravvenzionale prevista dall'art. 726 cod. pen. e la figura delittuosa delineata all'art. 527 cod. pen. (Atti osceni), la cui condotta tipica «offende più intensamente ed in modo più grave il pudore sessuale»;

che, nonostante la maggior gravità della fattispecie delittuosa, il legislatore, con le censurate norme di depenalizzazione, ha degradato ad illecito amministrativo l'ipotesi colposa di «atti osceni» già sanzionata dal secondo comma dell'art. 527 cod. pen., preservando invece, in assenza di analogo intervento sull'art. 726 cod. pen., la rilevanza penale degli atti «colposi» di offesa alla pubblica decenza;

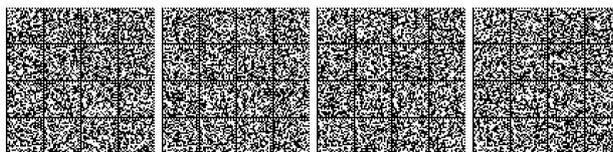
che dunque, poiché l'autore d'un fatto colposo di atti osceni andrebbe esente da pena, e sarebbe punito invece con sanzione penale l'autore di atti contrari alla pubblica decenza tenuti per colpa, il rimettente censura la scelta legislativa «per irragionevolezza e per disparità di trattamento»;

che, «per gli stessi motivi», sarebbe violato anche l'art. 27 Cost. in relazione ai principi di «colpevolezza» e di «finalità rieducativa della pena»;

che, secondo quanto precisato dal giudice *a quo* nella parte finale dell'ordinanza di rimessione, l'intervento richiesto alla Corte costituzionale consisterebbe nella «eliminazione della sola ipotesi colposa della contravvenzione per cui è processo», essendo emerso, nel caso di specie, che l'imputato «non ha commesso il fatto con coscienza e volontà»;

che il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, è intervenuto nel giudizio con atto depositato il 1° dicembre 2009;

che, secondo la difesa erariale, la questione dovrebbe essere dichiarata manifestamente inammissibile per l'insufficiente descrizione della fattispecie concreta, posto che il giudice *a quo* si è limitato ad enunciare la natura



colposa del fatto ascritto all'imputato, o la mancanza di «coscienza e volontà» del fatto medesimo (è citata, quale precedente conforme, l'ordinanza della Corte costituzionale n. 228 del 2005, relativa alla stessa questione sollevata dall'odierno rimettente);

che la questione sollevata sarebbe comunque infondata, non potendosi comparare, nella prospettiva del principio di uguaglianza, norme preposte alla tutela di beni giuridici diversi (nel caso degli atti osceni la «verecondia sessuale», e cioè un interesse «più specifico» di quello concernente il sentimento collettivo della costumatezza e della compostezza).

Considerato che il Giudice di pace di San Severino Marche, con ordinanza del 20 luglio 2009, ha sollevato — in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione — questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507 (Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205) e degli artt. 1 e 7, comma 1, lettera c), della legge 25 giugno 1999, n. 205 (Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario), in relazione all'art. 726 del codice penale, nella parte in cui non prevedono la «eliminazione» o la trasformazione in illecito amministrativo degli atti contrari alla pubblica decenza, limitatamente all'ipotesi di condotta tenuta per colpa;

che sarebbe infatti irragionevole e discriminatorio, dunque in contrasto con l'art. 3 Cost., il perdurante regime di punibilità con sanzione penale delle condotte contrarie alla pubblica decenza che siano tenute per colpa, posto che è stata attuata, invece, la depenalizzazione delle condotte colpose qualificabili come «atti osceni», le quali oltretutto esprimono una maggior capacità offensiva, perché lesive del senso del pudore sessuale;

che, «per gli stessi motivi», sarebbe violato anche l'art. 27 Cost. in relazione ai principi di «colpevolezza» e di «finalità rieducativa» della pena;

che la questione sollevata è manifestamente inammissibile per più ragioni concomitanti;

che il rimettente ha infatti precluso alla Corte qualunque verifica di rilevanza del quesito proposto, omettendo di descrivere la fattispecie concreta e di indicare, in particolare, quali circostanze l'abbiano indotto a qualificare colposa la condotta in contestazione;

che la circostanza è tanto più significativa se si considera che, nel campo dei reati contro la pubblica decenza od il senso comune del pudore, l'atteggiamento negligente od imprudente attiene in genere alla potenziale percezione pubblica del comportamento, più che all'attuazione dello stesso;

che, nondimeno, il rimettente si è limitato ad enunciare la propria valutazione del fatto contestato, esprimendo, per altro, indicazioni contraddittorie;

che infatti il giudice *a quo*, mentre nella parte iniziale dell'ordinanza di rimessione assume che il fatto sarebbe stato commesso «per colpa», successivamente afferma che l'imputato «non ha commesso il fatto con coscienza e volontà», così evocando una condotta incolpevole, come tale penalmente irrilevante secondo il disposto del primo e del quarto comma dell'art. 42 cod. pen.;

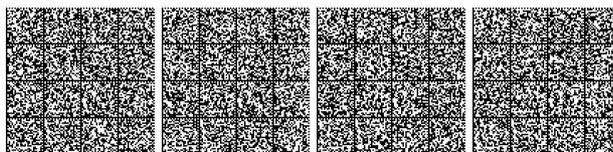
che concorre a determinare la manifesta inammissibilità della questione anche la struttura del quesito sottoposto alla Corte, poiché il rimettente sembra sollecitare sia una pronuncia manipolativa che «trasformi» la fattispecie colposa compresa nell'art. 726 cod. pen. in un illecito amministrativo, sia una pronuncia ablativa che «elimini» il precepto impartito dalla norma codicistica nella sua configurazione colposa, dando vita ad un *petitum* oscuro o, comunque, segnato dalla prospettazione di soluzioni alternative per il superamento del denunciato vizio di legittimità.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507 (Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205) e degli artt. 1 e 7, comma 1, lettera c), della legge 25 giugno 1999, n. 205 (Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario), in relazione



all'art. 726 del codice penale, sollevata — in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione — dal Giudice di pace di San Severino Marche con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: SILVESTRI

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA

10C0217

N. 92

Ordinanza 24 febbraio - 5 marzo 2010

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Impiego pubblico - Norme della Regione Marche - Modalità di stabilizzazione del personale non dirigenziale - Ricorso del Governo - Ritenuta difformità con la disciplina statale in materia - Eccepite disparità di trattamento e violazione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa - Rinuncia al ricorso in assenza di parte costituita - Estinzione del processo.

- Legge della Regione Marche 24 dicembre 2008, n. 37, art. 9, commi 2 e 3.
- Costituzione, artt. 3 e 97; norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, art. 23.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Ugo DE SIERVO.

Giudici: Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 9, commi 2 e 3 della legge della Regione Marche 24 dicembre 2008 n. 37 (Disposizioni per la formazione del Bilancio annuale 2009 e pluriennale 2009/2011 della Regione – Legge finanziaria 2009), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 26 febbraio-3 marzo 2009, depositato in cancelleria il 3 marzo 2009 ed iscritto al n. 16 del registro ricorsi 2009.

Udito nella camera di consiglio del 10 febbraio 2010 il Giudice relatore Sabino Cassese.

Ritenuto che il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, con ricorso notificato il 26 febbraio e depositato il 3 marzo del 2009, ha impugnato l'art. 9, commi 2 e 3, della legge della Regione Marche 24 dicembre 2008, n. 37 (Disposizioni per la formazione del Bilancio annuale 2009 e pluriennale 2009/2011 della Regione - Legge finanziaria 2009);



che il ricorrente sostiene che le disposizioni impugnate disciplinano le modalità di stabilizzazione del personale non dirigenziale in contrasto con la normativa statale di riferimento, costituita dall'art. 1, commi 557 e 558, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007), dall'art. 3, commi 90 e 94, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008) e dalla circolare 18 aprile 2008, n. 5, emanata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri (Linee di indirizzo in merito all'interpretazione e all'applicazione dell'art. 3, commi da 90 a 95 e comma 106, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 - legge finanziaria 2008);

che, in particolare, ad avviso del Presidente del Consiglio dei ministri, l'art. 9, comma 2, della legge regionale censurata, nell'includere «nel periodo di anzianità positivamente valutabile» ai fini della stabilizzazione «i periodi relativi a rapporti di collaborazione coordinata e continuativa», detterebbe una disciplina difforme da quella statale, la quale non ammette «la cumulabilità delle esperienze lavorative maturate con tipologie contrattuali differenti»;

che, in modo analogo, l'art. 9, comma 3, della legge impugnata, la quale concerne la stabilizzazione del personale non dirigenziale del servizio sanitario regionale e dell'Agenzia regionale per la protezione ambientale delle Marche, «nel prevedere la possibilità di cumulare il periodo di lavoro a tempo determinato o con contratto di collaborazione coordinata e continuativa con altre forme di rapporto di lavoro flessibile o attuato mediante convenzione», confliggerebbe a sua volta con la disciplina statale in materia, la quale «non consente la positiva attuazione della procedura di stabilizzazione del personale in servizio con forme contrattuali di lavoro differenti dal tempo determinato e dalla collaborazione coordinata e continuativa»;

che, per tali ragioni, secondo il Presidente del Consiglio dei ministri, le disposizioni censurate, «introducendo una normativa diversa e più favorevole ai fini della procedura di stabilizzazione solo in un ambito regionale», violerebbero l'art. 3 Cost., in considerazione della «disparità di trattamento nei confronti di omologhe categorie lavorative radicate in altre regioni», nonché l'art. 97 Cost., «sotto il profilo della violazione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa e uniformità della stessa nel territorio nazionale»;

che la Regione Marche non si è costituita in giudizio;

che, con atto notificato a controparte in data 16 novembre 2009 e depositato presso la cancelleria della Corte costituzionale il 24 novembre successivo, il Presidente del Consiglio dei ministri ha dichiarato di rinunciare al presente ricorso, considerato che la Regione Marche, con la successiva legge regionale 3 aprile 2009, n. 8 (Ulteriori modifiche all'art. 9 della legge regionale 24 dicembre 2008, n. 37 - Legge finanziaria 2009), ha apportato modifiche alla disciplina impugnata, adeguandosi ai rilievi governativi e conformando la propria disciplina alla normativa statale di riferimento.

Considerato che, in mancanza di costituzione in giudizio della parte resistente, la rinuncia al ricorso determina, ai sensi dell'art. 23 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, l'estinzione del processo (fra le più recenti, ordinanze n. 14 e n. 8 del 2010).

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara estinto il processo.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2010.

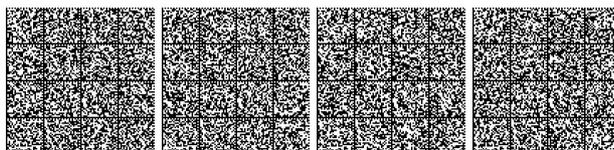
Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: CASSESE

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 5 marzo 2010.

Il cancelliere: FRUSCELLA



ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

n. 12

*Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010
(della Regione Liguria)*

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza - Ricorso della Regione Liguria - Denunciata violazione della competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. *b*) e *d*), modificative, rispettivamente, dei commi 2, 3, 4 e 8 dell'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.
- Costituzione, artt. 117, primo, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto comma, 118, primo e secondo comma, e 119; legge 30 dicembre 1989, n. 439; Carta europea dell'autonomia locale 15 ottobre 1985, artt. 3 e 4.

Ricorso della Regione Liguria, in persona del vice-Presidente della Regione pro-tempore, autorizzato con deliberazione della Giunta regionale 30 dicembre 2009, n. 1909 (doc. 1), rappresentata e difesa, come da procura speciale n. rep. 14263 dell'11 gennaio 2010, rogata dal dott. Margherita Poli, notaio in Genova (doc. 2), dall'avv. prof. Giandomenico Falcon di Padova e dall'avv. Luigi Manzi di Roma, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'avv. Luigi Manzi, in via Confalonieri, n. 5;

Contro il Presidente del Consiglio dei ministri per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lettera *b*) e lettera *d*) del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 274 del 24 novembre 2009 - Supplemento Ordinario n. 215, per violazione:

dell'art. 117, primo, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto comma, della Costituzione;

dell'art. 118, primo e secondo comma, della Costituzione;

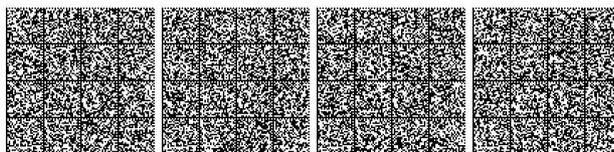
dell'art. 119 della Costituzione;

nei modi e per i profili di seguito illustrati,

F A T T O

La Regione Liguria è dotata di potestà legislativa piena in materia di servizi pubblici locali (v., ad es., sent. Corte cost. 29/2006) e di organizzazione degli enti locali (salvi i profili di cui all'art. 117, co. 2, lettera *p*), ai sensi dell'art. 117, co. 4, Cost.

L'ultima disciplina del servizio idrico è stata dettata con l.r. 39/2008, il cui art. 4 prevede che l'AATO affidi il servizio idrico nel rispetto dell'art. 113, co. 7, d.lgs. 267/2000 «e delle modalità di cui agli articoli 150 e 172 del d.lgs.



152/2006» (co. 4). A sua volta, l'art. 150, co. 1, d.lgs. 152/2006 rinvia all'art. 113, co. 5, in base al quale «l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Dunque, la legge regionale rinvia ad una disciplina che ammette senza limitazioni la gestione in house.

Il d.l. 135/2009, convertito nella l. 166/2009, è intitolato Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, ma, mentre pressoché tutti gli altri articoli del decreto citano con precisione le fonti comunitarie o le sentenze della Corte di giustizia di cui rappresentano attuazione (o le procedure di infrazione cui si vuole porre rimedio), l'art. 15 del decreto, pur essendo intitolato Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, non cita mai atti comunitari.

Ed in effetti, esso non è affatto imposto da esigenze di adeguamento alla normativa comunitaria ma è frutto di una scelta meramente statale volta ad imporre la procedura competitiva di affidamento del servizio come procedura ordinaria e l'affidamento *in house* come procedura eccezionale.

Tutt'al contrario, invece, il diritto comunitario — pur incentrato sulla tutela della concorrenza come metodo per garantire la pari opportunità di accesso al mercato delle commesse pubbliche per tutti gli operatori europei — ammette pienamente il diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici autoproducendoli corrispondentemente alla propria missione.

È invece soltanto nel momento nel quale un'autorità pubblica scelga di esternalizzare il servizio che il procedimento di affidamento deve rispettare i principi di non discriminazione, trasparenza, parità di trattamento, libera circolazione di persone e imprese ed in particolare la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici.

Inoltre, in assenza di una specifica regolamentazione comunitaria di settore (direttiva e regolamento), la scelta della più idonea forma di gestione del servizio pubblico spetta agli Stati-membri nel rispetto del riparto interno delle competenze.

L'art. 15 modifica l'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, convertito nella l. 133/2008, il quale è stato a sua volta già impugnato da questa Regione con ricorso n. 72/2008, tuttora pendente.

Anche l'art. 15 risulta lesivo delle competenze costituzionali della Regione nelle materie dei servizi pubblici e dell'organizzazione degli enti locali, in quanto conferma l'impianto dell'art. 23-*bis*, coartando il diritto dell'ente territoriale responsabile di erogare in proprio il servizio idrico a favore della propria comunità.

Di seguito si illustreranno con precisione le norme impuginate ed i motivi del ricorso. Qui resta solo da aggiungere che l'art. 15 d.l. 135/2009 è impugnabile anche nelle parti in cui sia confermativo dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, in base alla consolidata giurisprudenza costituzionale secondo la quale gli atti legislativi sono sempre impugnabili anche se apparentemente «confermativi», perché dotati sempre, per propria natura intrinseca, del carattere della novità (v., ad es., sentt. n. 30 e 44/1957, 47 e 63/1959, 3/1964, 19/1970, 171/1971, 49/1987, 1035/1988, 381/1990, 224/1994).

Si può anche ricordare la recente sent. 328/2009, in base alla quale «l'esistenza di una preesistente normativa non costituirebbe motivo di preclusione alla impugnazione di altra sopravveniente disciplina che, novando il quadro normativo, andasse a regolare la medesima materia» (punto 3.3 del Diritto).

D I R I T T O

1. — Illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lettera b).

Il comma 2 dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, come sostituito dall'art. 15, comma 1, lettera b), d.l. n. 135/2009, prevede che «il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria», a favore di terzi «mediante procedure competitive ad evidenza pubblica», oppure a «società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica,.. le quali abbiano ad oggetto,



al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento».

Il comma 3 dispone che, «in deroga alle modalità di affidamento ordinario..., per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un'efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta «in house» e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Infine, il comma 4 statuisce che, «nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione»; decorso il termine, «il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole».

Dunque, tali norme escludono il diritto dell'ente pubblico di gestire direttamente il servizio idrico (in proprio o tramite azienda speciale) e pongono pesanti limiti sostanziali (comma 3) e procedurali (comma 4) al diritto di erogarlo tramite società pubblica in house.

È chiara la drastica compressione dell'autonomia legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali ed organizzazione degli enti locali (art. 117, comma 4, Cost.), dato che le possibili scelte della Regione sulla forma di gestione del servizio vengono limitate a due possibilità, mentre la gestione diretta viene esclusa e quella tramite società in house limitata a casi eccezionali.

Né le norme impugnate possono essere giustificate in virtù della competenza statale di cui all'art. 117, comma 2, lettera e) della Costituzione («tutela della concorrenza»). Sia consentito, a questo proposito, riprodurre alcuni passi del ricorso proposto contro l'art. 23-bis d.l. n. 112/2008:

«L'art. 23-bis è dedicato alla disciplina dei Servizi pubblici locali di rilevanza economica. Conviene ricordare che i servizi pubblici, in quanto tali, non ricadono in alcuna potestà legislativa statale, ma che lo Stato può intervenire in essa, come codesta ecc.ma Corte costituzionale ha stabilito con la sentenza n. 272 del 2004, a titolo di tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lettera e) della Costituzione, e che pertanto non sono censurabili tutte quelle norme «che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti — come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi — i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali» (punto 3 in diritto).

La presente impugnazione non intende mettere in discussione questo principio.

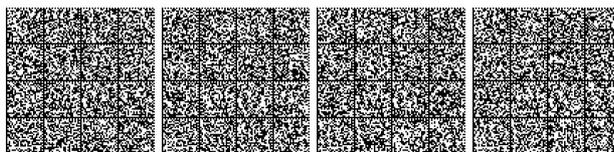
Tuttavia, le impugnate disposizioni dell'art. 23-bis, commi secondo e terzo, riguardano non la tutela della concorrenza, ma più precisamente il diritto dell'ente territoriale responsabile di erogare in proprio il servizio pubblico a favore della propria comunità.

Occorre ricordare che tale diritto non solo non è precluso dalle regole di tutela della concorrenza, ma è espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, espressa in modo chiaro e lineare nella decisione Stadt Halle (sentenza dell'11 gennaio 2005, in causa C-26/03).

Al punto 48 di tale decisione è chiaramente stabilito che «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi», e che, «in tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice», e che «non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici».

Ha inoltre precisato, al punto 49, che, «in conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice», e che «ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano».

Tale giurisprudenza della Corte di giustizia è sempre rimasta ferma e costante, dalla Teckal, (18 novembre 1999, in causa C-107/98) alla recente sentenza Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (6 aprile 2006, in causa C410/04).



Ora, questo diritto delle amministrazioni, che non mette in discussione la tutela della concorrenza ed è pienamente riconosciuto dalla Corte di giustizia, è invece negato dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis* qui impugnato.

Il comma 2, infatti, prevede che «il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica», mentre il comma 3 dispone che ogni diverso modo di «affidamento» (ma con ciò, presumibilmente, anche ogni diverso modo di gestione) possa essere scelto «in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato», nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

Ed il comma 4 aggiunge che, «nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione».

Ad avviso della Regione Liguria, tale limitazione della capacità delle amministrazioni regionali e locali di gestire in proprio i servizi pubblici risulta costituzionalmente illegittima e lesiva della potestà legislativa regionale nella materia.

In effetti, un problema di tutela della concorrenza può iniziare solo dopo che è stata presa la decisione di gestire il servizio attraverso il mercato, anziché in proprio. Al contrario, la decisione di mantenere il servizio nell'ambito della propria organizzazione diretta, o della propria organizzazione in house, non restringe e non altera in alcun modo la concorrenza.

Nel quadro della gestione in proprio, invece, abbiamo semplicemente lo svolgimento dell'attività amministrativa da parte dell'ente responsabile davanti alla propria comunità.

Naturalmente, le regole di concorrenza riprenderanno pienamente il loro vigore ogni volta che l'amministrazione responsabile del servizio si debba rivolgere al mercato per l'acquisto di beni o servizi: ma essa non può invece essere costretta ad affidare il servizio in quanto tale ad entità esterne, con le quali essa non ha un rapporto di pieno controllo ma esclusivamente un vincolo contrattuale.

Le disposizioni dei commi 2, 3 e 4 risultano dunque illegittime in quanto, in violazione dell'art. 117, comma 4, limitano la potestà legislativa regionale di disciplinare il normale svolgimento del servizio pubblico da parte dell'ente, sottoponendo tale scelta a vincoli sia sostanziali (le «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato) che procedurali (l'onere di «trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza»).

Si noti che sin dalla sentenza n. 14 del 2004 codesta ecc.ma Corte ha affermato che dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario» (punto 4 in diritto).

Così dunque come l'ordinamento comunitario — che pure ha nella tutela della concorrenza un valore essenziale — rispetta tuttavia il diritto delle amministrazioni di erogare da sé il servizio, lo stesso principio non può non valere in diritto interno, ove la tutela della concorrenza costituisce semplicemente il limite esterno della competenza regionale e locale in relazione ai servizi pubblici ad essi spettanti.

«Ad integrazione di tali considerazioni sia consentito di rinviare anche a quelle svolte nel punto 3 del presente ricorso, ove è argomentata la distinzione tra tutela della concorrenza e privatizzazione delle risorse pubbliche.

Per quanto riguarda altri titoli di competenza statale eventualmente immaginabili (l'art. 23-*bis*, comma 1, richiama espressamente l'art. 117, comma 2, lettera *m*), si può ricordare che la sent. n. 272/2004 ha avuto pure ad oggetto norme relative alle forme di gestione dei servizi pubblici e codesta Corte ha osservato che «la disciplina in esame non appare riferibile... alla competenza legislativa statale in tema di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione), giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali» (punto 3 del Diritto).

In effetti, non si vede in quale modo il divieto di gestione diretta del servizio e la forte limitazione della gestione in house potrebbero favorire il perseguimento dello scopo «di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettere *e*) e *m*), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti» (art. 23-*bis*, comma 1): anzi, sembra logico pensare che tali obiettivi possano essere meglio raggiunti con le forme di gestione appena citate.



Per quanto riguarda l'art. 117, comma 2, lettera *p*), la non invocabilità di esso in relazione alle modalità di affidamento dei servizi locali è già stata sancita da codesta Corte nelle sentt. n. 272/2004 e n. 307/2009, punto 6.1.

Nella sent. n. 307/2009 si legge anche che «le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali».

Ora, se il servizio idrico è una funzione fondamentale dell'ente locale, lo Stato non può vietare all'ente di svolgerlo direttamente, costringendolo ad affidarlo a terzi! L'art. 117, comma 2, lettera *p*) non può legittimare lo Stato a negare la possibilità per l'ente di esercitare la funzione. Può essere utile ricordare che l'art. 2, comma 4, l. n. 131/2003 delega il Governo a «individuare le funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane in modo da prevedere, anche al fine della tenuta e della coesione dell'ordinamento della Repubblica, per ciascun livello di governo locale, la titolarità di funzioni connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente, essenziali e imprescindibili per il funzionamento dell'ente e per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento».

Dunque, delle funzioni fondamentali i comuni devono essere titolari e che significato ha la titolarità se è preclusa a priori la possibilità di svolgimento della funzione?

In definitiva, il nuovo art. 23-*bis*, commi 2 e 3, risulta illegittimo per violazione dell'autonomia legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali ed organizzazione degli enti locali (art. 117, comma 4, Cost.), in quanto impone come regime ordinario il conferimento della gestione del servizio idrico a favore di terzi o a favore di società miste, vieta la gestione diretta da parte dell'ente locale (in proprio o tramite azienda speciale) e limita fortemente la gestione in house.

Non si comprende come «servizi di interesse generale» (così lo stesso art. 23-*bis*, comma 1) non possano essere gestiti direttamente dall'ente pubblico deputato a soddisfare gli interessi generali della propria comunità (art. 3, comma 2, d.lgs. 267/2000: «Il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo»). Sotto tale aspetto, il nuovo art. 23-*bis*, commi 2 e 3, viola anche l'art. 118, commi 1 e 2, Cost., perché — vietando lo svolgimento diretto del servizio idrico — vanifica la norma che assegna, preferibilmente, le funzioni amministrative ai comuni (il servizio idrico virtualmente rimane di spettanza dei comuni ma in concreto viene assegnato ad altri soggetti; inoltre, la norma impugnata toglie ai comuni una parte essenziale della funzione, cioè la possibilità di scegliere la forma di gestione più adeguata).

Il legislatore statale, male intendendo — ad avviso della Regione — la propria funzione di tutela della concorrenza, ha dunque svuotato il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 1, Cost., e ha violato anche il comma 2 dell'art. 118 Cost., perché ha vanificato la norma in base alla quale i comuni «sono titolari di funzioni amministrative proprie» (il servizio idrico, essendo una funzione fondamentale, rientra tra le funzioni «proprie» di cui all'art. 118, comma 2).

Ancora, i nuovi commi 2 e 3 dell'art. 23-*bis* violano l'art. 117, comma 1, Cost., in quanto contrastano con la Carta europea dell'autonomia locale di cui alla l. n. 439/1989, Ratifica ed esecuzione della convenzione europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985.

È ormai pacifico, dopo le sentt. n. 348 e n. 349 del 2007 di codesta Corte, che il senso di tali disposizioni consiste nel rendere i trattati internazionali legittimamente stipulati dall'Italia vincolanti per il legislatore ordinario.

Se è così, pare chiara la contraddizione delle norme impuginate con le disposizioni della Carta. Si considerino, in particolare: l'art. 3, comma 1, secondo cui «per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici»; l'art. 4, comma 2, secondo cui «le collettività locali hanno, nell'ambito della legge, ogni più ampia facoltà di prendere iniziative proprie per qualsiasi questione che non esuli dalla loro competenza o sia assegnata ad un'altra autorità»; l'art. 4, comma 4, secondo cui «le competenze affidate alle collettività locali devono di regola essere complete ed integrali» (enfasi aggiunta).

Una volta che si riconosca, come codesta stessa Corte ha già affermato, che per le tradizioni storiche e per l'essenzialità del servizio per la vita sociale e collettiva, la gestione del servizio idrico è parte delle funzioni fondamentali dei Comuni, sembra evidente che solo ad essi spetta la decisione sul migliore modo di organizzarlo. La loro autonomia potrà essere limitata sul versante del dimensionamento del servizio per assicurare una distribuzione efficiente, e dunque sulla eventuale necessità di una gestione associativa della risorsa idrica, ma non si vede come possa risultare legittimo privarli o comunque configurare come eccezionale e soggetta a specifici aggravii procedurali la scelta di assumere essi stessi — conformemente del resto a consolidate tradizioni ed esperienze — la responsabilità della gestione diretta del servizio.



Né varrebbe replicare che le norme impugnate non incidono sulla spettanza delle funzioni ma solo sulle forme di gestione: quando la disciplina delle forme di gestione arriva ad impedire la gestione diretta del servizio idrico, non si può negare un'incidenza sulla spettanza concreta della funzione; inoltre, come detto, la norma impugnata toglie ai comuni una parte essenziale della funzione, cioè la possibilità di scegliere la forma di gestione più adeguata a soddisfare le esigenze della comunità rappresentata.

Infine, è da precisare che la Regione è legittimata a far valere la violazione dell'art. 118, commi 1 e 2, Cost. e della Carta europea dell'autonomia locale: sia perché la lesione delle competenze comunali è strettamente connessa alla violazione della competenza legislativa regionale in materia di servizi pubblici e di organizzazione degli enti locali (come visto sopra), sia perché, comunque (sia consentito qui citare testualmente le parole di codesta ecc.ma Corte costituzionale), «le Regioni sono legittimate a denunciare la legge statale anche per la lesione delle attribuzioni degli enti locali, indipendentemente dalla prospettazione della violazione della competenza legislativa regionale» (sent. n. 298/2009, punto 7.2; v. anche le sentt. n. 169/2007, punto 3; n. 95/2007, n. 417/2005, n. 196/2004 e n. 533/2002).

In subordine, qualora fosse ritenuta legittima l'imposizione di un regime «ordinario» di affidamento del servizio all'esterno e la limitazione a casi eccezionali di forme di gestione non concorrenziali, sarebbe comunque incostituzionale il nuovo art. 23-bis, comma 2, lettera b), nella parte in cui regola in dettaglio l'affidamento del servizio alla società mista, imponendo una partecipazione minima del 40% del socio privato e «l'attribuzione [al socio] di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio».

In tal modo il legislatore ha violato il criterio di proporzionalità che deve guidare l'adozione di norme volte a tutelare la concorrenza (v. la sent. n. 272/2004), invadendo il campo riservato alla potestà legislativa regionale in materia di servizi pubblici.

Le norme in questione, infatti, pongono ulteriori vincoli alla potestà legislativa regionale, senza che essi risultino funzionali ad una maggiore promozione della concorrenza, della quale potrebbero persino risultare piuttosto limitative. Infatti, sono gli stessi privati che potrebbero non avere interesse ad acquistare, un pacchetto di azioni significativo (almeno il 40%) e presumibilmente di notevole impegno economico (e che tuttavia non garantisce affatto il controllo sulla società), per avere in cambio — in ipotesi — solo singoli e specifici compiti operativi e non l'intera gestione (a volte, unica condizione per poter rientrare degli investimenti fatti per «comprare» la qualifica di socio).

E per altro verso, in senso contrario, in alcuni casi la situazione gestionale concretamente esistente potrebbe rendere preferibile in termini di efficienza una privatizzazione attraverso la selezione di un socio privato mero finanziatore, al quale non affidare alcun compito operativo, ma da coinvolgere solo nel finanziamento della attività.

La ritenuta illegittimità dell'imposizione dell'affidamento a privati come forma gestionale ordinaria, e della previsione come eccezionale della gestione mediante la propria organizzazione (in house), comporta logicamente l'illegittimità dell'art. 23-bis, comma 4, in quanto esso richiede uno speciale parere per l'adozione della gestione diretta del servizio mediante la propria organizzazione o in house.

È evidente, infatti, che tale parere si può giustificare soltanto come forma di garanzia della «eccezionalità» della gestione in house e della fondatezza delle specifiche ragioni della scelta, ma che esso non ha più senso né ragionevolezza una volta che si riconosca il diritto dell'amministrazione di gestire in proprio il servizio.

Giova infine precisare che la gestione in proprio del servizio non sottrae quote sostanziali di mercato alla concorrenza: è evidente, infatti, che le regole della gara pubblica torneranno ad applicarsi per i beni, le forniture ed i servizi che l'amministrazione dovrà procurarsi per l'erogazione del servizio.

Anche da questo punto di vista, dunque, l'imposizione della privatizzazione della gestione non può giustificarsi come tutela della concorrenza.

2. — In subordine: illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lettera b), nella parte in cui regola le forme di affidamento non competitive.

In subordine, qualora fosse ritenuta legittima l'imposizione di un regime «ordinario» di affidamento del servizio all'esterno e la limitazione a casi eccezionali di forme di gestione non concorrenziali, sarebbe comunque incostituzionale il nuovo comma 3 dell'art. 23-bis, che, invece di rinviare alle forme di gestione diretta previste dalla legislazione regionale o, in mancanza, scelte dagli enti locali, regola direttamente anche tale caso, imponendo la gestione in house ed escludendo la gestione in proprio da parte dell'ente locale o la gestione tramite azienda speciale.

Sotto tale profilo, l'art. 15 d.l. n. 135/2009 peggiora la disposizione rispetto a quanto risultava dall'originario art. 23-bis d.l. n. 112/2008: infatti, l'originario comma 3 stabiliva che, «in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può



avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria» (che, come visto, ammette sia la gestione diretta da parte dell'ente locale, sia la gestione tramite azienda speciale, sia la gestione tramite società in house).

Invece, l'art. 15 d.l. n. 135/2009 — oltre ad imporre una forma di gestione «ordinaria» — impone anche la forma di gestione alternativa, per i casi in cui non ci può essere un «utile ricorso al mercato». Ma appare evidente che, nel momento in cui non si attiva la procedura competitiva, è escluso che lo Stato possa invocare la propria competenza in materia di «tutela della concorrenza»: anche ammesso, in denegata ipotesi, che il nuovo comma 2 dell'art. 23-*bis* sia giustificato dall'art. 117, comma 2, lettera *e*), di certo tale norma non potrebbe legittimare la disciplina statale delle forme di gestione non competitive, che ricadono indubbiamente nella competenza regionale piena in materia di servizi pubblici e di organizzazione degli enti locali.

Di qui l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata.

3. — Illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lettera *d*).

Il nuovo comma 8 dell'art. 23-*bis* regola il «regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3».

Nella lettera *a*) si dispone che «le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta «in house» cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011»; «esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera *b*) del comma 2».

Le lettere *b*) e *c*) regolano il regime transitorio delle gestioni affidate direttamente a società miste.

La lettera *d*) stabilisce che «gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015».

Dunque, tali norme impongono o la cessazione anticipata della gestione in house o la dismissione di quote rilevanti delle partecipazioni pubbliche.

Esse sono illegittime in primo luogo — naturalmente — per le medesime ragioni già esposte nel punto 1, in quanto, impedendo la gestione del servizio da parte degli enti locali tramite società pubblica, coartano il diritto degli enti locali di erogare in proprio il servizio e ledono la potestà legislativa regionale nella materia in questione: sia consentito, dunque, rinviare al motivo n. 1.

Ad avviso della Regione, anche tali norme non si possono giustificare a titolo di «tutela della concorrenza».

In realtà l'art. 23-*bis*, come modificato dalla norma impugnata, imponendo agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati, confonde la tutela della concorrenza con la privatizzazione delle risorse pubbliche.

La tutela della concorrenza è un principio comunitario e oramai costituzionale che riguarda l'organizzazione dei mercati e presuppone, perciò, che un mercato esista e che l'apparato pubblico debba assicurare le regole di competitività tra le imprese. In questi termini vale, al riguardo, la competenza esclusiva dello Stato, oltre che l'incombente e prevalente normativa comunitaria.

La privatizzazione delle risorse pubbliche, invece, ha come sua ragione giustificativa la miglior utilizzazione di tali risorse e, quindi, si impone per ragioni del tutto estranee alla tutela della concorrenza: la quale invece, dovrà essere assunta come metodo per pervenire alla privatizzazione (una volta che la si sia per altra ragione decisa), affinché questa non favorisca determinati operatori, a scapito di altri.

La privatizzazione non ricade in specifiche competenze né della Comunità europea, né dello Stato: né, d'altronde, è una vera materia, trattandosi invece di una modalità di gestione di un bene, servizio o attività.

Inoltre, trattandosi di un trasferimento ai privati di risorse costituite a spese della collettività, è un processo che va attentamente valutato in termini di benefici di ritorno alla collettività stessa. Essa, dunque, si giustifica soltanto là dove l'ingresso del privato sia una garanzia di maggiore efficienza della gestione del bene privatizzato.

Se ciò è vero, lo Stato non può imporre la privatizzazione con la propria legge, per ragioni attinenti ad un'astratta valutazione dell'efficienza del servizio, a meno che non si tratti di tutelare i livelli essenziali delle prestazioni (come non accade certo nel presente caso: *v. supra*). L'efficienza, infatti, deve essere valutata in concreto dagli enti esponen-



ziali della collettività che gestiscono il servizio, mentre disciplinarne le forme di esercizio in via generale ed astratta non può che contravvenire al principio di sussidiarietà, oltre che al riparto delle materie che a quel principio si ispira.

Lo Stato, dunque, può legiferare: *a)* per assicurare la concorrenza là dove l'ente competente decida di aprire il servizio ai privati; *b)* per assicurare i livelli essenziali delle prestazioni; *c)* ponendo norme di principio sul coordinamento finanziario, là dove si tratti di limitare il costo dei servizi rispetto al bilancio pubblico.

Per il resto, le modalità di erogazione dei servizi pubblici locali devono rientrare nella competenza e responsabilità politica delle comunità territoriali, alle quali compete la scelta anche delle modalità di erogazione e dei modelli di gestione.

Le norme impugnate sovrappongono e dunque confondono i due piani, che vanno, invece, mantenuti nettamente distinti. La confusione, a sua volta, nasce da un presupposto concettuale che si ritiene profondamente errato: che i principi della tutela della concorrenza comportino la necessaria privatizzazione delle risorse pubbliche, allo scopo di favorire l'insorgere di mercati concorrenziali, anche là dove essi attualmente non ci siano.

Questo, a ben vedere, non significa tutelare la concorrenza, ma favorire la presenza di operatori privati, affidando loro le risorse pubbliche che sono patrimonio delle collettività territoriali. Così si contravviene a un ordine logico che, almeno per quanto riguarda i settori su cui non è già presente un mercato concorrenziale (ad es. servizio idrico), dovrebbe muovere dall'obiettivo fondamentale e irrinunciabile della qualità dei servizi (il livello di diffusione, il livello delle prestazioni, il livello delle tariffe, la trasparenza della gestione, la democraticità dei controlli e degli indirizzi, ecc.).

Sotto questo profilo, le norme sul superamento della gestione in house sono palesemente orientate a favorire un ingiustificabile processo di «svendita» (trattandosi di vendita obbligatoria e quindi fuori dalle condizioni di mercato) del patrimonio pubblico capitalizzato nel valore delle società pubbliche che hanno avuto in affidamento i servizi, senza alcuna valutazione delle conseguenze che questo processo avrebbe sulla qualità dei servizi. Questo non corrisponde al principio comunitario di tutela della concorrenza, ma ad un «credo ideologico» circa la migliore capacità delle imprese private di gestire non l'impresa in sé, ma gli interessi pubblici.

Questa opzione è meramente ideologica, in quanto essa è estranea sia alla costituzione comunitaria — nella quale è indiscusso il diritto delle amministrazioni di gestire direttamente i propri servizi pubblici, sia alla Costituzione italiana, nella quale — fermo il diritto di iniziativa economica privata — è pienamente ammessa l'impresa pubblica, in particolare finalizzata alla gestione dei servizi pubblici: al punto che non solo la Costituzione non contiene alcuna limitazione, ma addirittura prevede (art. 43) che per ragioni di utilità generale (cioè di interesse pubblico) possano addirittura essere trasferiti alla gestione pubblica imprese già in regime di iniziativa privata.

È, peraltro, evidente l'interesse della Regione ad impugnare tali disposizioni: su un piano generale ad opporre ad una visione ideologica, priva di qualsiasi riscontro oggettivo, una diversa interpretazione degli interessi della propria comunità; sul piano più direttamente giuridico, a realizzare la propria competenza legislativa in materia di servizi pubblici, che è lo strumento con cui la Costituzione garantisce la sua autonomia politica, nonché la propria vocazione a rappresentare gli interessi delle amministrazioni locali della propria comunità (su ciò v. le sentt. n. 298/2009, punto 7.2, n. 169/2007, punto 3; n. 95/2007, 417/2005, 196/2004 e 533/2002).

Dunque, anche il nuovo art. 23bis, comma 8, lettera *a)* e lettera *d)* viola l'art. 117, comma 1 (per contrasto con la Carta europea dell'autonomia locale), comma 2 (per erronea interpretazione dei confini dei poteri statali ivi previsti) e comma 4 (per violazione della potestà legislativa regionale piena in materia di servizi locali e organizzazione degli enti locali), e l'art. 118, comma 1 e 2, Cost. (per violazione del principio di sussidiarietà e della titolarità comunale di funzioni proprie), per le ragioni esposte nel punto 1.

Ancora, il nuovo art. 23-bis, comma 8, lettera *a)* e lettera *d)* lede l'autonomia finanziaria degli enti locali (art. 119 Cost.), dato che impone ad essi di cedere rilevanti quote delle società da essi controllate (e, come detto, l'obbligatorietà della vendita rende difficile ottenere le condizioni di mercato). La Regione è legittimata a far valere tale lesione (si vedano le decisioni di codesta ecc.ma Corte costituzionale richiamate poco sopra).

In subordine, esso è illegittimo in quanto regola nel dettaglio le quantità, le modalità ed i tempi di tali cessioni, per le ragioni già esposte al punto 1) del presente ricorso, là dove si è contestato il comma 2, lettera *b)*, per la regolazione in dettaglio dell'affidamento alla società mista (e il comma 8, lettera *a)*, rinvia appunto al comma 2, lettera *b)*.



P.Q.M.

La Regione Liguria, come sopra rappresentata e difesa; chiede voglia codesta ecc.ma Corte costituzionale accogliere il ricorso, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lettera b) e lettera d) del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166.

Padova-Roma, 21 gennaio 2010

Avv. Giandomenico FALCON - Avv. Luigi MANZI

10C0146

n. 13

*Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010
(della Regione Emilia-Romagna)*

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di regolamento governativo - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di vincoli in violazione del principio di tutela dell'affidamento connesso alla responsabilità regionale - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza - Ricorso della Regione Emilia-Romagna - Denunciata violazione della competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, lesione dell'autonomia finanziaria regionale, violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n.135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. b), c), d), e), f) e g), di modifica dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133, a sua volta modificativo dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.
- Costituzione, artt. 114, 117, primo, secondo, quarto e sesto comma, 118 e 119; legge 30 dicembre 1989, n. 439.

Ricorso della regione Emilia-Romagna, in persona del Presidente della Giunta regionale, legale *pro-tempore*, sig. Vasco Errani, autorizzato con deliberazione della Giunta Regionale n. 36 del 18 gennaio 2010, rappresentata e difesa per mandato speciale a margine dal prof. Avv. Giandomenico Falcon, dal prof. Franco Mastragostino e dall'avv. Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Confalonieri, n. 5, contro il Presidente del Consiglio dei Ministri per la declatoria di illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1 lett. b), comma 1 lett. c), comma 1 lett. d), comma 1 lett. e) f) g), del decreto-legge 25 settembre 2009 n. 135, convertito con modificazioni, con legge 20 novembre 2009, n. 166, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee» (pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 274 del 24 novembre 2009 - Suppl. ord. n. 215) di modifica, sostituzione e integrazioni all'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, convertito con la legge n. 133/2008, sulla disciplina dei Servizi Pubblici Locali, per violazione degli artt. 117, comma 1, 2, 4, 6, 114, 118 e 119 Cost.

Premessa di ordine generale sulla presente impugnazione.

L'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, convertito con modificazioni con la legge 20 novembre 2009, n. 166, introduce una profonda revisione del quadro generale di disciplina dei servizi pubblici locali di tipo economico. La disposizione innova l'art. 23-bis del decreto-legge n. 112/2008, che a sua volta aveva riscritto la disciplina di riferimento, integrando l'originaria previsione contenuta nell'art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.



La «riforma» della «riforma» viene giustificata in nome della pretesa attuazione di obblighi comunitari in materia di servizi pubblici locali e sulla base delle competenze statali finalizzate alla tutela della concorrenza, ma, come vedremo, essa è passibile di fondamentali censure di incostituzionalità, laddove la rigida disciplina innovativamente prevista dal legislatore statale non appare, nelle disposizioni che qui si censurano, affatto improntata ad assicurare obiettivi di tutela della concorrenza, ma a perseguire altre e diverse finalità, che si pongono al di fuori dei titoli di competenza statale, che risultano in contrasto con la stessa disciplina comunitaria e che si traducono nella lesione delle potestà regionali/locali di imprimere, secondo valutazioni ad esse Comunità spettanti, una pertinente ad adeguata organizzazione e gestione dei servizi pubblici nel territorio di riferimento, in una materia — quella dei servizi pubblici locali e di organizzazione degli enti locali — nella quale le Regioni sono dotate di competenza legislativa piena, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost., i, salvi i profili di cui all'art. 117, comma 2, lett. p).

Preliminarmente alla esposizione delle specifiche ragioni di impugnazione, va osservato come cose del tutto diverse siano la tutela della concorrenza da un lato, i principi della privatizzazione delle risorse pubbliche dall'altro. La tutela della concorrenza è un principio comunitario (e oramai costituzionale) che riguarda l'organizzazione dei mercati e presuppone, perciò, che un mercato esista e che l'apparato pubblico debba assicurare le regole di competitività tra le imprese.

In questi termini vale, al riguardo, la competenza esclusiva dello Stato, oltre che l'incombente e prevalente normativa comunitaria. Essendo questa una competenza di scopo — o, se si vuole, una materia «finalistica» — la Corte ha anche di recente ricordato che l'esclusività non va, però, intesa come esclusione a priori del legislatore regionale, ma comporta una valutazione in concreto della strumentalità di ogni legge, statale o regionale che sia, rispetto alle finalità di tutela.

La privatizzazione delle risorse pubbliche ha come sua ragione giustificativa la miglior utilizzazione di tali risorse. Ad essa dunque può farsi ricorso per ragioni del tutto estranee alla tutela della concorrenza, la quale, però, dovrà essere assunta come metodo della privatizzazione, affinché questa non favorisca determinati operatori, a scapito di altri.

La privatizzazione non ricade in specifiche competenze né della Comunità europea, né dello Stato. Inoltre, trattandosi di un trasferimento ai privati di risorse costituite a spese della collettività, è un processo che va attentamente valutato in termini di benefici di ritorno alla collettività stessa. Quindi, si giustifica soltanto laddove l'ingresso del privato sia una garanzia di maggiore efficienza della gestione del bene privatizzato.

La questione della privatizzazione dei servizi pubblici locali con valenza economica, in parte ricade nella tutela della concorrenza, in parte nella privatizzazione delle risorse, ma le due prospettive restano distinguibili e da distinguere nei termini sopra indicati. Perché solo per ragioni di concorrenza lo Stato è abilitato ad intervenire con legge, non anche per ragioni attinenti all'efficienza del servizio (a meno che non si ricada nella determinazione dei livelli essenziali, o nel coordinamento della finanza pubblica).

Quest'ultima — l'efficienza del servizio — infatti, deve essere valutata in concreto dagli Enti esponenziali della collettività che acquisiscono il servizio, mentre disciplinarne le forme di esercizio in via generale ed astratta non può che contravvenire al principio di sussidiarietà, oltre che al riparto delle materie che a quel principio si ispira.

Lo Stato, naturalmente, può legiferare:

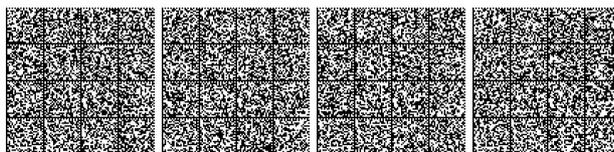
- a) per assicurare la concorrenza laddove si apra il servizio ai privati;
- b) per garantire i livelli essenziali delle prestazioni;

c) ponendo norme di principio sul coordinamento finanziario, laddove si tratti di limitare il costo dei servizi rispetto al bilancio pubblico.

Per il resto, le modalità di erogazione dei servizi pubblici locali devono rientrare nella competenza e responsabilità politica delle comunità territoriali, alle quali compete la scelta anche delle modalità di erogazione e dei modelli di gestione.

La pretesa riforma contenuta nelle recenti disposizioni, introdotte con decretazione d'urgenza, di modifica di altre disposizioni non adeguatamente ponderate (si ricorda, infatti, che l'art. 23-bis è maturato nel corso di una estate, precisamente tra il giugno e l'agosto 2008), confonde ad avviso della Regione i due piani, che vanno, invece, mantenuti nettamente distinti. E questa confusione nasce da un presupposto errato: che i principi della tutela della concorrenza comportino la necessaria privatizzazione delle risorse pubbliche, allo scopo di favorire l'insorgere di mercati concorrenziali, anche laddove essi attualmente non ci siano.

Questo, a ben vedere, significa non tutelare la concorrenza, ma favorire la presenza di operatori privati, affidando loro le risorse pubbliche che sono patrimonio delle collettività territoriali. Così si contravviene a un ordine logico che, almeno per quanto riguarda i settori nei quali non è già presente un mercato concorrenziale (ad es. servizio idrico),



dovrebbe muovere dall'obiettivo fondamentale e irrinunciabile della qualità dei servizi, (il livello di diffusione, il livello delle prestazioni, il livello delle tariffe, la trasparenza della gestione, la democraticità dei controlli e degli indirizzi, ecc.)

Sotto questo profilo, le norme sul superamento della gestione in house sono palesemente orientate a favorire un ingiustificabile processo di «svendita» (trattandosi di vendita obbligatoria e, quindi, fuori dalle condizioni di mercato) del patrimonio pubblico capitalizzato nel valore delle società pubbliche, che hanno avuto in affidamento i servizi, senza alcuna valutazione delle conseguenze che questo processo avrebbe sulla qualità dei servizi. Questo non corrisponde al principio comunitario di tutela della concorrenza, ma ad una «credo ideologico» circa la migliore capacità delle Imprese private di gestire non l'impresa in sé, ma gli interessi pubblici.

Questa opzione è meramente ideologica, in quanto essa è estranea sia alla costituzione comunitaria — nella quale è indiscusso il diritto delle amministrazioni di gestire direttamente i propri servizi pubblici, sia alla Costituzione italiana, nella quale — fermo il diritto di iniziativa economica privata — è pienamente ammessa l'impresa pubblica, in particolare finalizzata alla gestione dei servizi pubblici: al punto che non solo la Costituzione non contiene alcuna limitazione, ma addirittura prevede (art. 43) che per ragioni di utilità generale (cioè di interesse pubblico) possano addirittura essere trasferiti alla gestione pubblica imprese già in regime di iniziativa privata.

È, peraltro, evidente l'interesse della Regione ad impugnare tali disposizioni:

a) su un piano generale onde opporre ad una visione ideologica, priva di qualsiasi riscontro oggettivo, una diversa interpretazione degli interessi della propria comunità;

b) sul piano più direttamente giuridico, al fine di poter esplicitare la propria competenza legislativa in materia di servizi pubblici, che è lo strumento con cui la Costituzione garantisce la sua autonomia politica.

I precedenti giurisprudenziali costituzionali sui Servizi pubblici locali.

La riforma contiene numerose disposizioni, la cui compatibilità con la Carta costituzionale deve essere messa in discussione, soprattutto a proposito dei canoni che regolano il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni. Al riguardo, si deve ricordare che già la Corte costituzionale si è pronunciata sul punto, con la sentenza n. 272/2004. In quell'occasione, la Regione Toscana aveva impugnato le disposizioni di riforma dell'art. 113 del TUEL, contenute nell'art. 14 d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326. Ad avviso della Regione, quelle disposizioni violavano l'art. 117 della Costituzione, in quanto introducevano una disciplina dettagliata ed autoapplicativa dei servizi pubblici locali, materia che l'art. 117 non contempla fra quelle riservate alla legislazione esclusiva dello Stato e che, quindi, spetta alle Regioni disciplinare, nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

La Corte ha accolto solo in parte le contestazioni avanzate. Infatti, ha affermato che:

a) l'intervento legislativo statale in una materia come quella dei servizi pubblici locali, non espressamente prevista nell'art. 117 Cost., si giustifica solo alla luce della competenza esclusiva che lo Stato ha in materia di «tutela della concorrenza», la quale, stante la sua trasversalità, può abbracciare qualsiasi attività economica;

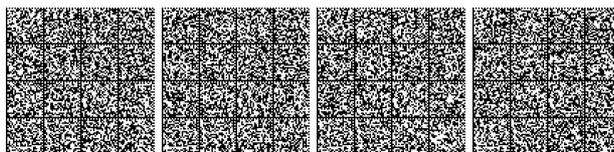
b) tuttavia, l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla «tutela della concorrenza» è definito anche attraverso il rispetto del principio di proporzionalità e adeguatezza, nel senso che l'intervento legislativo statale non può essere talmente dettagliato da escludere qualsiasi possibilità di regolazione da parte della Regione;

c) pertanto, sono state ritenute illegittime, sotto il profilo costituzionale, sia le disposizioni statali dirette a disciplinare i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, sia le disposizioni dirette a disciplinare aspetti dei servizi pubblici locali di rilievo economico, ma con esasperato taglio applicativo e di dettaglio.

Tale orientamento è stato recentemente confermato con la sentenza n. 307/2009, nella quale codesta Corte ha precisato che la disciplina statale sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica è costituzionalmente legittima, in quanto riconducibile alla materia «tutela della concorrenza». Nella stessa decisione, è anche affermato che «Le competenze comunali in ordine al servizio idrico, sia per ragioni storico-normative, sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali, devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina è stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117.

Ciò non toglie, ovviamente, che la competenza in materia di servizi pubblici locali resti una competenza regionale, la quale risulta in un certo senso limitata dalla competenza statale suddetta, ma può continuare ad essere esercitata negli altri settori, nonché in quello dei servizi fondamentali, purché non sia in contrasto con quanto stabilito dalle leggi statali».

Alla luce di quanto sopra esposto e dei parametri indicati dalla stessa Corte, si sollevano, pertanto, i seguenti profili di illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute nella «riforma» dei Servizi pubblici locali del 2009.



1. Illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1 lett. *b*) del D.L. n. 135/2009, convertito, con mod. con la legge n. 166/2009, nella parte in cui modifica il comma 3 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, per violazione degli artt. 117, commi 1, 2 e 4 e 114 e 118 Costituzione.

L'art. 15, del d.l. n. 135/2009, modifica il comma 3 dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008. Il nuovo testo dispone che «in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta «in house» e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

La disposizione appare come un'ingiustificata invasione, da parte del legislatore statale, della competenza legislativa regionale, nel momento in cui si ponga attenzione al fatto che introduce un modello alternativo di gestione per i servizi pubblici locali che risultino, in concreto, caratterizzati da elementi che escludono un mercato di riferimento. La disposizione lascia intendere che ci possono essere dei servizi pubblici locali economici in astratto, i quali perdono tale rilevanza in concreto, poiché «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato». In questi casi, è direttamente il legislatore statale ad imporre il modello di gestione (la società in house). Ora, nel momento in cui il legislatore ha riguardo, come condizione applicativa della disposizione introdotta, all'assenza di un mercato di riferimento ed alla perdita, in concreto, della rilevanza economica del servizio, arriva a negare il suo titolo di legittimazione a legiferare, che, come si è detto, è legato alla «tutela della concorrenza», la quale si giustifica solo in presenza di attività che hanno un mercato di riferimento. In pratica, il legislatore statale può legiferare fin quando il servizio pubblico locale presenti una rilevanza economica in astratto e in concreto; viceversa, solo il legislatore regionale può intervenire per dettare la disciplina dei servizi pubblici locali privi di rilievo economico *ab origine* o che non hanno, per situazioni di fatto contingenti e concrete, un mercato di riferimento.

Inoltre, bisogna sottolineare che anche ammesso (ma non concesso) che la tutela della concorrenza possa giustificare in generale la limitazione della gestione diretta del servizio pubblico, potrà poi essere rilevante per lo Stato che vi siano sistemi di verifica idonei ad accertare la reale sussistenza di condizioni di fatto che impediscano il ricorso al mercato e, quindi, alla gestione ordinaria del servizio, e consentano di ricorrere ad una gestione in deroga; ma non potrà mai essere rilevante per lo Stato imporre un determinato modello di gestione da parte dell'ente locale.

Non è certo funzionale alla garanzia della concorrenza spingersi oltre, arrivando anche a dire quali modelli eccezionali ed in ogni caso non concorrenziali (dato che si è accertata l'impossibilità di ricorrere al mercato) gli enti locali debbano scegliere per gestire il servizio: appare, cioè, sicuramente illegittimo vincolare la forma di gestione ove si riconosca che non vi è obbligo di ricorrere al mercato.

È, quindi, evidente che lo Stato, attraverso tale disciplina, nella misura in cui è intervenuto per ragioni non riconducibili alla tutela della concorrenza, ma attinenti, piuttosto all'efficienza del servizio, imponendo una scelta obbligatoria della forma di gestione alternativa (precludendo ad esempio, la gestione diretta) in ambiti non concorrenziali, è andato ben oltre il titolo della propria competenza esclusiva, e ciò in violazione dell'art.117, comma 2, ed ha invaso ambiti di pertinenza delle scelte regionali/locali, in violazione dell'art.117, comma 4, nonché dell'art.114, violando l'autonomia organizzativa degli enti locali, quanto al miglior soddisfacimento dei servizi di propria titolarità e dell'art.118 cost. quanto al principio di sussidiarietà, che vede nel sistema regionale-locale, in base a quanto stabilito dallo stesso legislatore statale per la gran parte dei servizi pubblici locali, il livello di allocazione delle scelte di organizzazione e gestione dei servizi da rendere a favore delle comunità di riferimento.

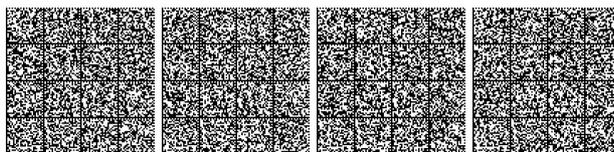
La disposizione statale, dunque, dovrebbe limitarsi a disporre che nel caso considerato l'affidamento può avvenire secondo le modalità di gestione diretta previste dalla legislazione regionale o, in mancanza, scelte dagli enti locali titolari del servizio».

Di qui l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata.

2. Illegittimità costituzionale dell'art.15, comma 1 lett.c), che introduce il comma 4-*bis* nell'art 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, per violazione dell'art. 117 comma 6 Cost.

La lett. *c*), comma 1, dell'art. 15 del d.l. n. 135/2009, introduce nell'art. 23-*bis*, del d.l. n. 112/2008, un comma 4-*bis*, il quale dispone che «i regolamenti di cui al comma 10 definiscono le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4».

In altri termini, la disposizione in questione affida al regolamento governativo il compito di individuare una soglia oltre la quale l'affidamento di un servizio pubblico locale in forma derogatoria (ossia a società in house), per assenza



in concreto di un mercato di riferimento, deve essere assoggettato alla funzione consultiva e di verifica svolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La ricorrente Regione non contesta — ovviamente — la circostanza che una volta stabilito (legittimamente o meno) di consentire alle amministrazioni locali la gestione autonoma del proprio servizio solo in circostanze particolari, ed una volta introdotto un parere dell'autorità antitrust per la verifica dell'esistenza di tali circostanze, vi sia una soglia al di sotto della quale tale parere non è richiesto.

La Regione ritiene tuttavia che le determinazioni relative a tale soglia non possano che essere assunte in sede regionale, entro limiti fissati direttamente dalla legge statale, trattandosi di determinare un livello di efficienza del servizio, che solo a livello regionale può essere concretamente e correttamente apprezzato. E che risulti invece illegittimo spostare sulla fonte regolamentare parte di tale disciplina, alla luce della disposizione di cui all'art.117, comma 6 cost. e dei principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale, che consente al Governo di intervenire con fonti secondarie solo in materie di esclusiva competenza statale. In sostanza, si contesta in radice che lo Stato possa arbitrariamente individuare una soglia oltre la quale l'affidamento del servizio assuma rilevanza rispetto alle regole di concorrenza che presidono il mercato e che per questo solo motivo debba essere oggetto del parere di cui al comma 4. Invero, la stessa modalità derogatoria delineata dal comma 3, in base alla disciplina comunitaria esorbita dalla applicazione delle regole della concorrenza (autoproduzione), sicché non risponde ad alcuna logica affermare che la rilevanza o meno dell'affidamento dipenda da un valore economico. E comunque, come si è più sopra rilevato, non spetta allo Stato stabilirlo.

Per quanto possa rilevare, può essere osservato che tale soglia è stata fissata, stando allo schema di regolamento approvato dal Consiglio dei Ministri in data 17 dicembre 2009, nel valore economico del servizio oggetto dell'affidamento superiore a 200.000,00 €, (mentre è comunque richiesto il parere a prescindere dal valore economico del servizio qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 abitanti).

Ad avviso della ricorrente Regione, la soglia in tal modo stabilita non è suscettibile di rappresentare alcun livello di efficienza del servizio, né appare uno strumento in grado di fissare la appropriatezza, la qualità, il controllo e il rispetto dei parametri della concorrenza e, quindi, il grado di concorrenzialità. La soglia suddetta è espressione di un apprezzamento *ex ante* del tutto forfettario, che invade ambiti di valutazione che debbono necessariamente essere rimessi alle competenze regionali, uniche realtà capaci di effettuare una siffatta ricognizione delle situazioni locali, che risponda ad elementi concreti, parametrati sulle singole realtà, e non su un criterio stabilito a priori in maniera del tutto astratta ed apodittica.

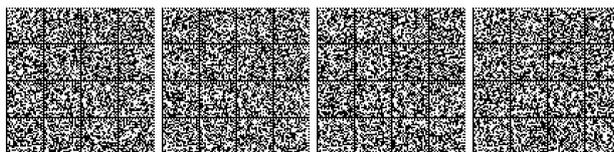
200.000,00 € è pochissimo per alcuni mercati e tanto per altri. Alcuni affidamenti, poi - ci si riferisce a quelli affidati per vent'anni, che non sono infrequenti - non sono valutabili in tali termini (200.000,00 annuali o in valore assoluto?).

Vi saranno, così, affidamenti di servizi dello stesso tipo che, se tenuti al di sotto della soglia indicata dal regolamento governativo, non dovranno essere verificati dall'Autorità antitrust. In pratica, gli enti locali, accertata in concreto l'assenza di un mercato di riferimento, se riusciranno a contenere l'affidamento al di sotto della soglia regolamentare, potranno tranquillamente evitare la gara e gestire in house il servizio, senza che nessuna autorità tecnica possa valutare la sussistenza dei requisiti legittimanti la deroga. La conseguenza in questo caso è paradossale: il quadro ordinamentale è composto dalla disciplina del legislatore statale, dall'intervento regolativo del Governo e dall'autonomia organizzativa dell'ente locale, tre soggetti che intervengono sui servizi pubblici locali, mentre è del tutto assente qualsivoglia ruolo della Regione, pur trattandosi di gestione di servizi locali la cui concorrenzialità manchi quantomeno in concreto, e cioè di un ambito in cui vi è competenza legislativa esclusiva regionale, uno spazio del quale la Regione rivendica competenza piena e non solo integrativa di quella statale.

3. Illegittimità costituzionale dell'art.15 comma 1 lett.d), che ha sostituito i commi 8 e 9 dell'art. 23-bis prevedendo un regime transitorio per gli affidamenti in atto dei SPL di rilievo economico, per violazione degli art.114, 118, 117 commi 1, 2 e 4 e 119 Cost., nonché del principio di tutela dell'affidamento connesso alla responsabilità regionale.

La lettera *d)* del c. 1 dell'art. 15, sostituendo il comma 8 dell'art. 23-bis, introduce un regime transitorio per gli affidamenti in atto dei servizi pubblici locali di rilievo economico. Ad avviso della Regione, la disposizione risulta incostituzionale sotto diversi profili.

a. quanto al comma 8, lettera *a)*, come sostituito. Tale disposizione stabilisce che «il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 è il seguente: *a)* le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberare da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera *b)* del comma 2».



Qui la legge anticipa la conclusione del rapporto contrattuale, ma solo per alcune gestioni, colpendo, in particolare, le imprese pubbliche o semi pubbliche, le quali hanno ricevuto l'affidamento nel rispetto della legislazione precedentemente vigente e comunque conformemente ai principi comunitari.

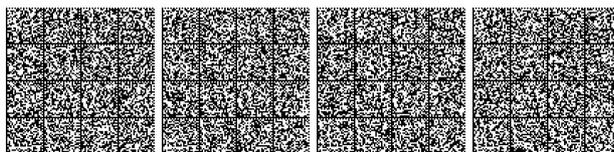
Questa è solo apparentemente una norma a favore della concorrenza; in realtà essa introduce disposizioni più rigide della normativa comunitaria di cui si afferma l'attuazione, incidendo direttamente su profili di efficienza del servizio — poiché non par dubbio che la cessazione anticipata del rapporto contrattuale si rifletta sugli investimenti programmati nel lasso di tempo di durata del rapporto e riguarda, quindi, direttamente l'efficienza e la qualità del servizio — intervenendo pregiudizialmente in un ambito rispetto al quale la Regione ha sempre avuto un ruolo fondamentale.

Al di là della violazione del principio di uguaglianza e di libertà di iniziativa economica, che riguarda più propriamente gli operatori economici che hanno fatto affidamento su una certa durata della gestione del servizio affidato, ciò che rileva in questa sede per la Regione ricorrente è la circostanza che tale disposizione incide sull'assetto di sistema regionale degli affidamenti, ledendo il ruolo della Regione, anche di tipo legislativo, nel definire la durata degli affidamenti medesimi.

Occorre ricordare, infatti, che già con la prima legge regionale sul servizio idrico integrato, la n. 25/1999, emanata in attuazione della legge Galli n. 36/1994 e contenente anche norme sul servizio rifiuti, in attuazione del d.lgs n. 22/1997, la Regione Emilia Romagna, nell'esercizio del potere di regolazione ed organizzazione delle funzioni amministrative relative ai predetti servizi, aveva previsto la stessa durata del regime transitorio e degli affidamenti. Questa era fissata in relazione alla suscettività dei soggetti affidatari di esprimere un livello adeguato, «industriale», in termini di efficienza, efficacia ed economicità, di effettuazione del servizio, secondo parametri di valutazione del livello di adeguatezza che comportava la salvaguardia delle gestioni in essere da parte delle Autorità d'ambito. Si consentivano così durate più o meno lunghe degli affidamenti in relazione al possesso di tali requisiti di efficienza, efficacia ed economicità, in relazione alla legittimità degli affidamenti in essere rispetto alla normativa comunitaria, e alla maggiore o minore dimensione degli ambiti serviti. Tale durata la Regione ha fissato — conformemente alla normativa comunitaria, al dicembre 2011, consentendo un anno in più rispetto alla scadenza ora fissata dalla normativa statale (2010); ma anche un anno di differenza comporta conseguenze rilevanti sotto il profilo organizzativo delle gare, dei bandi e quant'altro necessario per avviare i nuovi affidamenti. La Regione ha in tal modo svolto un ruolo attivo nella costruzione di un sistema industriale di effettuazione dei più importanti fra i servizi pubblici locali, quale il servizio idrico integrato e il servizio rifiuti, assumendo una funzione di coordinamento degli enti locali e delle Autorità d'ambito nel frattempo dalla stessa legge regionale istituite, funzione che essa intende mantenere e continuare ad espletare.

È del tutto evidente che su tale assetto incide gravemente e rigidamente la disposizione statale sopra menzionata, laddove si mette nel nulla, mediante l'automatica e unilaterale cessazione dei rapporti in corso ad una data molto ravvicinata, una scelta organizzativa posta in essere correttamente sulla base del diritto vigente e in conformità alla disciplina comunitaria; ad esse sono poi seguite le scelte che le imprese (pubbliche o semi pubbliche che siano) hanno a loro volta effettuato, proprio facendo affidamento su quel quadro ordinamentale di riferimento, come regolato dalla Regione. Sotto tale profilo è, quindi, evidente la violazione della disciplina legislativa legittimamente stabilita dalla Regione in base ai suoi livelli di competenza (violazione dell'art.117 comma 4) e della responsabilità della Regione nei confronti del variegato panorama delle società pubbliche o semi pubbliche affidatane dei servizi pubblici, che a tale assetto si sono correttamente attenute.

b. Sotto un secondo profilo, la disposizione impugnata è costituzionalmente illegittima per contrasto con il diritto comunitario, con conseguente violazione dell'art.117, comma 1: non si comprende, infatti, perché alcune gestioni, che la stessa disposizione definisce «affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta in house», debbano necessariamente terminare entro il 31 dicembre 2011, a meno che non si trasformino in affidamenti a società mista, laddove le Amministrazioni (e loro società in house) debbono necessariamente cedere almeno il 40% del proprio capitale. Si ricordi che nel diritto comunitario il modello organizzativo dell'autoproduzione dei servizi attraverso affidamenti in house è stato ritenuto in linea con i principi del Trattato, tra cui, come noto, vi è quello della tutela e promozione della concorrenza. Ed infatti, a cominciare dalla nota pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza Teckal, del 18 novembre 1999, in causa C-107/98, alla Stadt Halle, dell'11 gennaio 2005, in causa C-26/3, fino alla più recente sentenza Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori del 6 aprile 2006, in causa C-410/04, il diritto delle Amministrazioni di erogare in proprio il servizio a favore delle proprie comunità locali non solo non è precluso dalle regole sulla concorrenza, ma è espressamente affermato e riconosciuto dalla Comunità Europea. Diviene, pertanto, evidente la profonda contraddizione che caratterizza la disposizione statale impugnata: si sacrifica, in nome della tutela della concorrenza, una formula organizzativa che è stata istituita secondo modelli ritenuti compatibili con tale esigenza di tutela. D'altronde, secondo il diritto comunitario il fenomeno dell'autoproduzione è estraneo alla materia della concorrenza ed alternativo rispetto all'esternalizzazione, con l'effetto che solo in questo secondo caso è



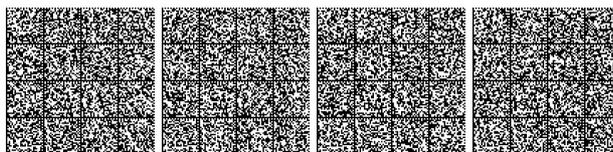
necessario rispettare le regole poste a tutela della concorrenza. La scelta organizzativa fra le due opzioni è demandata in via esclusiva all'ente locale titolare delle funzioni. Il legislatore statale non può ingerirsi in tale scelta imponendo una delle due opzioni all'ente in quanto, procedendo in tal modo, esorbita dalla propria potestà legislativa in materia di tutela della concorrenza.

e. per contrasto con i criteri di distribuzione della competenza legislativa tra Stato e Regioni e per ingiustificato e travisato esercizio del titolo di competenza statale attinente alla «tutela della concorrenza», con violazione, quindi, dell'art. 117 commi 2 e 4 Cost.: è vero che spetta allo Stato la disciplina di determinanti aspetti dei servizi pubblici locali di rilievo economico in virtù del titolo competenziale «tutela della concorrenza», tuttavia, tale disciplina non può essere così dettagliata da essere auto-applicativa ed escludere qualsiasi successivo intervento regionale e locale. Codesta Ecc.ma Corte costituzionale, infatti, nella richiamata sentenza n. 272/2004 ha precisato che «il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza appare quindi essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla «tutela della concorrenza» e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. Trattandosi, infatti, di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, «trasversale» (cfr: sentenza n. 407 del 2002), poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adeguatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato.

Nella disposizione qui in contestazione in più occasioni si entra nel dettaglio, senza che tale scelta risulti funzionale ad una maggiore promozione della concorrenza nel settore. Come si è più sopra rilevato, si stabilisce che per evitare la cessazione anticipata del contratto di servizio con le società in house, le Amministrazioni locali di controllo debbano cedere almeno il 40% del capitale ad un socio, attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica, che abbiano anche ad oggetto, «allo stesso tempo, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi». La disposizione fissa condizioni di privatizzazione molto rigide, che riducono il campo di azione di un eventuale legislatore regionale ed il potere di scelta degli enti locali: procedura di evidenza pubblica, almeno il 40% del capitale, attribuzione di specifici compiti operativi al socio selezionato. Ciò, però, non sempre assicura la promozione e la tutela della concorrenza. Infatti, i privati potrebbero non avere interesse ad acquistare, a volte con un notevole impegno economico, un pacchetto di azioni significativo (almeno il 40%), ma che difficilmente garantirà loro il controllo sulla società, e avere in cambio solo singoli e specifici compiti operativi e non l'intera gestione (a volte, unica condizione per poter rientrare degli investimenti fatti per «comprare» la qualifica di socio). Al contrario, in alcuni casi la situazione gestionale di fatto potrebbe essere più consona ad una privatizzazione attraverso la selezione di un socio privato mero finanziatore, al quale non affidare alcun compito operativo, ma da coinvolgere solo nel finanziamento della attività.

Tali profili di incostituzionalità sono particolarmente evidenti anche con riferimento alla lettera *d*) del comma 8 del 23-*bis*, come sostituito dall'art.15, che qui parimenti specificamente si impugna. Con tale disposizione è imposta alle società a partecipazione pubblica già quotate in borsa alla data del 1° ottobre 2003, e a quelle da esse controllate, l'obbligatorietà della cessione del 40% entro il 30 giugno 2013 e del 30% entro il 31 dicembre 2015, come condizione per poter continuare negli affidamenti diretti fino alla scadenza del contratto di servizio.

Anche qui si assiste ad una forzata «privatizzazione», posta del tutto impropriamente come condizione per attuare la concorrenza, ma che nulla ha a che fare con la concorrenza e che stravolge la governance pubblica esistente. Lo Stato ha deciso unilateralmente come deve essere l'assetto di autonomia finanziaria e legislativa delle comunità regionali-locali, depositarie della titolarità dei servizi pubblici locali, passando sopra alle loro scelte, contro i principi del federalismo fiscale. Questa non è concorrenza. In sostanza, lo Stato dice: se ti apri al mercato puoi continuare a gestire con gli affidamenti in essere. Allora si ammette che tali affidamenti sono legittimi; allora la condizione che il legislatore statale pone è una condizione di politica istituzionale (che meritava ben altra valutazione e condivisione con i livelli regionali-locali), ma non di concorrenza. Come si è già evidenziato nella premessa di inquadramento del problema posto dalla riforma da ultimo attuata, la «privatizzazione» del capitale sociale delle società in house non ha alcun riflesso sulla tutela della concorrenza, provocando in realtà unicamente una svendita delle risorse pubbliche, perché non cambia il monopolio da parte dell'operatore (società privatizzata), ma solo la titolarità delle sue azioni, delle quali il 30% o il 40% del capitale pubblico deve essere ceduto. Il che, ovviamente, produrrà un danno economico alle Società quotate, in evidente contraddizione con la tutela della concorrenza.



d) per contrasto con il principio di pluralismo paritario istituzionale, in violazione degli artt. 114 e 118 Cost: la nuova disciplina, come si è visto, è così rigida da annullare qualsiasi autonomia esercitabile in materia, a cominciare dall'autonomia organizzativa spettante agli enti locali, i quali comunque sono i titolari di tali attività, sia pur affidati alla gestione di imprese esterne. Viene violato, così, il principio fondamentale di sussidiarietà, che richiede appunto una valutazione in concreto della situazione locale (che può enormemente variare da un ambito ottimale all'altro), anche per verificare le specifiche condizioni di mercato in cui si svolge il servizio e in cui si «privatizza» il patrimonio pubblico.

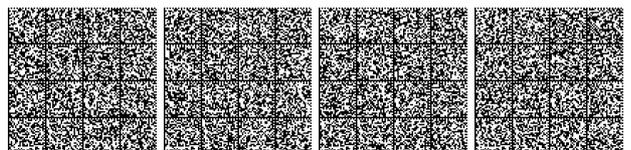
e) per violazione dell'art.119 u.c. cost. secondo cui «i Comuni, le Province le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato». La norma sopra censurata impone, infatti, alle Amministrazioni pubbliche di liberarsi di una quota del proprio patrimonio societario a prescindere dalla convenienza economica dell'operazione, e quindi dalla considerazione in concreto del tempo, delle modalità, della quantità, valutazioni indispensabili ad evitare che si produca una svendita coatta di capitali pubblici. Per come è strutturata la norma non c'è alcuna possibilità di realizzare un ritorno economico che equilibri il depauperamento, obbligato per legge, del patrimonio della collettività, e si determina un indebolimento finanziario della governance pubblica senza adeguata giustificazione e idonee contromisure, con evidente violazione della norma costituzionale sull'autonomia finanziaria di Regioni e Comuni che, per tali finalità costituzionalmente riconosciute, ha espressamente ad essi attribuito un proprio patrimonio, il quale non può essere inciso per finalità contrastanti con la sua stessa conservazione ed ottimale gestione. Per non dire, poi, delle conseguenze che può comportare sul valore delle azioni di una società quotata in borsa, la vendita massiccia e obbligatoria della propria quota azionaria.

Quanto al comma 9 dell'art. 23-*bis*, come sostituito. La disposizione stabilisce che «le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti».

Come si può notare, anche tale disposizione, che attiene ai limiti e divieti in ordine all'ambito di operatività riservato ai soggetti titolari di affidamenti diretti e agli altri soggetti che a questi ultimi siano collegati, è in contrasto con i principi del diritto comunitario, appare irragionevole e non conforme al principio di proporzionalità fra i contenuti preclusivi della norma e le finalità di tutela della concorrenza perseguite.

Innanzitutto, il profilo della contrasto con l'ordinamento comunitario. Per tale ordinamento, e come più volte ricordato dalla Corte di giustizia CE a proposito delle società in house, una società a partecipazione pubblica, assoggettata al controllo analogo dei soci, titolare di un affidamento diretto, è tenuta a svolgere a favore degli enti di riferimento solo l'attività prevalente, ben potendo destinare l'attività residua anche al mercato. Nella prospettiva del comma dell'art. 23-*bis*, così come riformato, l'affidamento diretto di un servizio determina una impossibilità per la società destinataria di svolgere qualsiasi attività al di fuori del c.d. mercato domestico. In altri termini, la norma in questione trasforma il concetto di «prevalenza» dell'attività in «attività esclusiva», costringendo il soggetto titolare dell'affidamento diretto (non solo in house provider) a svolgere la propria attività esclusivamente nei confronti degli enti affidanti. Del resto, già questa Corte costituzionale, con la sentenza n. 439/2008, nel declinare il concetto di attività «prevalente» in termini quantitativi e qualitativi, ha implicitamente riconosciuto che il concessionario diretto affidatario di servizi pubblici locali possa svolgere una parte della propria attività, seppure marginale, in mercati diversi da quello del servizio gestito.

In secondo luogo, la disposizione appare irragionevole ed il regime limitativo che introduce per determinate categorie di imprese poco proporzionale agli scopi di tutela della concorrenza prefissati. È irragionevole estendere le conseguenze limitative degli affidamenti diretti anche alle società miste costituite ai sensi del comma 2, lett. b), art. 23-*bis*, considerato che, per volontà dello stesso legislatore, tale modello di gestione è stato equiparato a quello dell'esternalizzazione, nella comune categoria delle formule ordinarie di organizzazione dei servizi pubblici locali di rilievo economico.



Non vi è, poi, ragionevole ragione nella scelta legislativa di escludere da tale regime limitativo, invece, le società quotate e di prevedere una specie di moratoria con riferimento alla partecipazione alle cc.dd. prime gare: anche le società quotate sono destinatarie di affidamenti diretti e la tutela della concorrenza deve valere sempre e non «congelarla» nella fase di avvio della riforma.

Ma ancora più grave, sotto il profilo della mancanza di ragionevolezza e proporzionalità nella previsione del comma 9, è la circostanza che detta norma riguardi non solo il gestore affidatario diretto, rispetto alla cui posizione potrebbero configurarsi potenziali rischi di distorsione della concorrenza, ma anche i soggetti societari ad esso collegati e da esso controllati, i quali conservano in ogni caso una loro autonomia soggettiva e ben potrebbero operare in altri mercati. In pratica, il legislatore ha collegato all'affidamento diretto di un servizio ad una società partecipata dagli enti pubblici una conseguente incapacità di agire al di fuori dei confini territoriali e funzionali determinati dallo stesso affidamento, la quale è destinata a colpire non solo la società incaricata del servizio, ma, come se fosse un virus, ad infettare altre possibili società che per controllo o per collegamento siano riconducibili al gestore.

Obiettivamente la portata della disposizione appare un po' eccessiva e non proporzionata alla tutela della concorrenza: primo, perché, un vincolo di azione ad una società non è di per se stesso elemento atto a garantire la concorrenza; secondo, perché vale solo per le imprese pubbliche o semi-pubbliche, ma non per quelle private, ben potendosi verificare in concreto affidamenti di servizi a privati non preceduti da gara (come dimostra l'esperienza, giustificabili per ragioni di emergenza, ad esempio, nel campo dei servizi ambientali).

Sicché la norma in questione, nella sua correlazione con il periodo transitorio introdotto dal comma 8 (come sostituito) contribuisce ad ingessare ancora di più il sistema di gestione regionale-locale dei servizi pubblici, con evidente compressione della autonomia legislativa ed organizzativa degli enti titolari dei servizi, senza che ciò sia giustificato in termini di proporzionalità rispetto alle finalità di tutela della concorrenza pretesamente perseguite, con la conseguenza che anche tale disposizione è passibile delle medesime censure di incostituzionalità evidenziate in epigrafe.

4. Illegittimità costituzionale dell'art 15 comma 1, lettere *e) f) g)* in relazione al comma 10 dell'art 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 per violazione dell'art. 117 commi 2 e 4.

Le lettere *e), f) e g)* dell'articolo della riforma del 2009 qui analizzato rivedono il comma 10 dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008. Si tratta del comma che sposta su un regolamento governativo gran parte della portata della riforma dei servizi pubblici locali di tipo economico, in quanto è all'intervento del governo che si chiede di specificare in dettaglio molti degli aspetti della nuova disciplina introdotta.

Mentre le lettere *f) e g)* contengono ritocchi al regime del rinvio operato dal legislatore ad apposito regolamento governativo, la lettera *e)*, invece, sposta il termine per l'adozione del regolamento al 31 dicembre 2009.

Si possono ricordare i dubbi già sopra espressi a proposito della scelta del legislatore di affidare ad un regolamento governativo un settore la cui disciplina, se già contenuta in una fonte primaria, deve limitarsi a disposizioni proporzionate ed adeguate in un'ottica di funzionalità della tutela della concorrenza. I rischi, poi, di invadere campi rispetto ai quali la competenza legislativa delle Regioni è certa sono evidenti, come, ad esempio, risulta eclatante la previsione secondo cui il regolamento dovrà occuparsi anche di come i «comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata». «Invero, il comma 10 dell'art. 23-*bis* è già stato impugnato dalla Regione Emilia Romagna con il ricorso promosso avverso varie disposizioni del d.l. n. 112/2008, (R.G. n. 69/08) evidenziandosi in quella sede come i temi del regolamento nelle diverse lettere da *a)* ad *l)* siano inestricabilmente intrecciati con le materie di potestà concorrente (come il coordinamento della finanza pubblica) di cui alla lettera *a)*, o esclusiva delle Regioni (come nel caso della gestione associata dei servizi locali, oggetto della lettera *c)* ovvero come nel caso della lettera *h)* che, nel prevedere come rientrante nella disciplina degli affidamenti intesa come materia «esclusiva» statale, in quanto dettata per finalità di concorrenza, forme di «ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti», tocca, in realtà, un tema delicatissimo, che riguarda il patrimonio delle reti e degli impianti pubblici e che può comportare, se non rispondente alle esigenze, come apprezzate e valutate dalle Amministrazioni proprietarie delle reti e degli impianti, ad un inevitabile depauperamento dei patrimoni comunali.



P. Q. M.

Voglia l'Ecc.ma Corte costituzionale adita dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art.15 comma 1, lett. b), c), d), e), f, g) del d.l. n. 135/2009, come convertito con modificazioni con la Legge 20 novembre 2009 n. 166, per violazione degli artt.117, comma 1, 2, 4, 6; 114; 118 e 119 cost. nei termini e sotto i profili esposti nel presente ricorso.

Bologna-Roma, 21 gennaio 2010

Avv. Mastroagostino

Avv. Falcon

Avv. Manzi

10C0147

N. 14

*Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010
(della Regione Umbria)*

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza, e, in subordine, limitazione della potestà regionale attraverso norme di dettaglio - Ricorso della Regione Umbria - Denunciata violazione della competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario, lesione dell'autonomia finanziaria degli enti locali.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n.135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. *b)* e *d)*, modificative, rispettivamente, dei commi 2, 3, 4 e 8 dell'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.
- Costituzione, artt. 117, primo, secondo e quarto comma, 118, primo e secondo comma, e 119; Carta europea dell'autonomia locale del 15 ottobre 1985, artt. 3 e 4; legge 30 dicembre 1989, n. 439; legge della Regione Umbria 5 dicembre 1997, n. 43, art. 8.

Ricorso della Regione Umbria in persona del Presidente della Regione *pro tempore*, autorizzato con deliberazione della Giunta regionale gennaio n. 32 del 19 gennaio 2010 (doc. 1), rappresentata e difesa, come da procura a margine del presente atto, dall'avv. prof. Giandomenico Falcon di Padova e dall'avv. Luigi Manzi di Roma, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'avv. Luigi Manzi, in via Confalonieri, n. 5, contro il Presidente del Consiglio dei ministri per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lett. *b)* e lett. *d)* del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 274 del 24 novembre 2009 - Supplemento Ordinario n. 215, per violazione:

dell'art. 117, primo, secondo e quarto comma, della Costituzione;

dell'art. 118, primo e secondo comma, della Costituzione;

dell'art. 119 della Costituzione, nei modi e per i profili di seguito illustrati.



F A T T O

La Regione Umbria è dotata di potestà legislativa piena in materia di servizi pubblici locali (v., ad es., sent. Corte cost. 29/2006) e di organizzazione degli enti locali (salvi i profili di cui all'art. 117, comma 2, lett. *p*), ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost.

In base all'art. 8, co. 2, l.r. 43/1997, «le funzioni di competenza dell'Autorità di ambito attengono in particolare: *a*) alla scelta delle modalità di affidamento ad un unico gestore per ogni ambito del servizio idrico integrato, secondo quanto previsto nella convenzione tipo di cui all'articolo 11 della legge 5 gennaio 1994, n. 36, dall'articolo 22, comma 3, lettere *b*), *c*) ed *e*) della legge 8 giugno 1990, n. 142 e dall'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 e successive modificazioni».

Il d.l. 135/2009, convertito nella l. 166/2009, è intitolato Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, ma, mentre pressoché tutti gli altri articoli del decreto citano con precisione le fonti comunitarie o le sentenze della Corte di giustizia di cui rappresentano attuazione (o le procedure di infrazione cui si vuole porre rimedio), l'art. 15 del decreto, pur essendo intitolato Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, non cita mai atti comunitari.

Ed in effetti, esso non è affatto imposto da esigenze di adeguamento alla normativa comunitaria ma è frutto di una scelta meramente statale volta ad imporre la procedura competitiva di affidamento del servizio come procedura ordinaria e l'affidamento in house come procedura eccezionale.

Tutt'al contrario, invece, il diritto comunitario - pur incentrato sulla tutela della concorrenza come metodo per garantire la pari opportunità di accesso al mercato delle commesse pubbliche per tutti gli operatori europei - ammette pienamente il diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici autoproducendoli corrispondentemente alla propria missione.

È invece soltanto nel momento nel quale un'autorità pubblica scelga di esternalizzare il servizio che il procedimento di affidamento deve rispettare i principi di non discriminazione, trasparenza, parità di trattamento, libera circolazione di persone e imprese ed in particolare la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici.

Inoltre, in assenza di una specifica regolamentazione comunitaria di settore (direttiva e regolamento), la scelta della più idonea forma di gestione del servizio pubblico spetta agli Stati-membri nel rispetto del riparto interno delle competenze.

L'art. 15 modifica l'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008, il quale è stato a sua volta già impugnato da questa Regione con ricorso n. 72/2008, tuttora pendente.

Anche l'art. 15 risulta lesivo delle competenze costituzionali della Regione nelle materie dei servizi pubblici e dell'organizzazione degli enti locali, in quanto conferma l'impianto dell'art. 23-*bis*, coartando il diritto dell'ente territoriale responsabile di erogare in proprio il servizio idrico a favore della propria comunità.

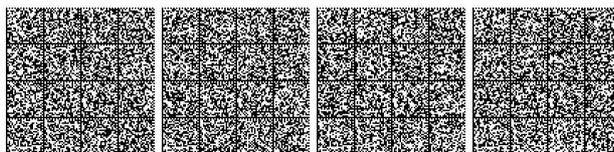
Di seguito si illustreranno con precisione le norme impuginate ed i motivi del ricorso. Qui resta solo da aggiungere che l'art. 15 d.l. 135/2009 è impugnabile anche nelle parti in cui sia confermativo dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, in base alla consolidata giurisprudenza costituzionale secondo la quale gli atti legislativi sono sempre impugnabili anche se apparentemente «confermativi», perché dotati sempre, per propria natura intrinseca, del carattere della novità (v., ad es., sentt. n. 30 e 44/1957, 47 e 63/1959, 3/1964, 19/1970, 171/1971, 49/1987, 1035/1988, 381/1990, 224/1994).

Si può anche ricordare la recente sent. 328/2009, in base alla quale «l'esistenza di una preesistente normativa non costituirebbe motivo di preclusione alla impugnazione di altra sopravveniente disciplina che, novando il quadro normativo, andasse a regolare la medesima materia» (punto 3.3 del Diritto).

D I R I T T O

1) Illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lett. *b*).

Il comma 2 dell'art. 23-*bis* d.l. 112/2008, come sostituito dall'art. 15, co. 1, lett. *b*), d.l. 135/2009, prevede che «il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria», a favore di terzi «mediante procedure competitive ad evidenza pubblica», oppure a «società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, al



tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento».

Il comma 3 dispone che, «in deroga alle modalità di affidamento ordinario, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta «in house» e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Infine, il comma 4 statuisce che, «nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione»; decorso il termine, «il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole».

Dunque, tali norme escludono il diritto dell'ente pubblico di gestire direttamente il servizio idrico (in proprio o tramite azienda speciale) e pongono pesanti limiti sostanziali (comma 3) e procedurali (comma 4) al diritto di erogarlo tramite società pubblica in house.

È chiara la drastica compressione dell'autonomia legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali ed organizzazione degli enti locali (art. 117, comma 4, Cost.), dato che le possibili scelte della Regione sulla forma di gestione del servizio vengono limitate a due possibilità, mentre la gestione diretta viene esclusa e quella tramite società in house limitata a casi eccezionali.

Né le norme impugnate possono essere giustificate in virtù della competenza statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione («tutela della concorrenza»). L'art. 23-bis è dedicato alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Conviene ricordare che i servizi pubblici, in quanto tali, non ricadono in alcuna potestà legislativa statale, ma che lo Stato può intervenire in essa, come codesta ecc.ma Corte costituzionale ha stabilito con la sentenza n. 272 del 2004, a titolo di tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. e) della Costituzione, e che pertanto non sono censurabili tutte quelle norme «che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti — come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi — i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali» (punto 3 in diritto).

La presente impugnazione non intende mettere in discussione questo principio. Tuttavia, le impugnate disposizioni dell'art. 23-bis, commi secondo e terzo, riguardano non la tutela della concorrenza, ma più precisamente il diritto dell'ente territoriale responsabile di erogare in proprio il servizio pubblico a favore della propria comunità.

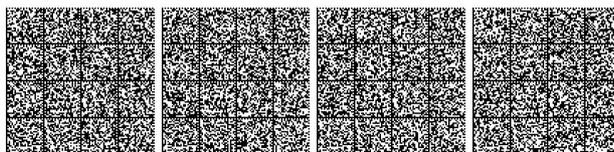
Occorre ricordare che tale diritto non solo non è precluso dalle regole di tutela della concorrenza, ma è espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, espressa in modo chiaro e lineare nella decisione Stadt Halle (sentenza dell'11 gennaio 2005, in causa C-26/03).

Al punto 48 di tale decisione è chiaramente stabilito che «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi», e che, «in tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice», e che «non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici».

Ha inoltre precisato, al punto 49, che, «in conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice», e che «ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano».

Tale giurisprudenza della Corte di giustizia è sempre rimasta ferma e costante, dalla Teckal, (18 novembre 1999, in causa C-107/98) alla recente sentenza Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (6 aprile 2006, in causa C410/04).

Ora, questo diritto delle amministrazioni, che non mette in discussione la tutela della concorrenza ed è pienamente riconosciuto dalla Corte di giustizia, è invece negato dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis qui impugnato.



Ad avviso della Regione Umbria, tale limitazione della capacità delle amministrazioni regionali e locali di gestire in proprio i servizi pubblici risulta costituzionalmente illegittima e lesiva della potestà legislativa regionale nella materia.

In effetti, un problema di tutela della concorrenza può iniziare solo dopo che è stata presa la decisione di gestire il servizio attraverso il mercato, anziché in proprio. Al contrario, la decisione di mantenere il servizio nell'ambito della propria organizzazione diretta, o della propria organizzazione in house, non restringe e non altera in alcun modo la concorrenza.

Nel quadro della gestione in proprio, invece, abbiamo semplicemente lo svolgimento dell'attività amministrativa da parte dell'ente responsabile davanti alla propria comunità.

Naturalmente, le regole di concorrenza riprenderanno pienamente il loro vigore ogni volta che l'amministrazione responsabile del servizio si debba rivolgere al mercato per l'acquisto di beni o servizi: ma essa non può invece essere costretta ad affidare il servizio in quanto tale ad entità esterne, con le quali essa non ha un rapporto di pieno controllo ma esclusivamente un vincolo contrattuale.

Le disposizioni dei commi 2, 3 e 4 risultano dunque illegittime in quanto, in violazione dell'art. 117, comma 4, limitano la potestà legislativa regionale di disciplinare il normale svolgimento del servizio pubblico da parte dell'ente, sottoponendo tale scelta a vincoli sia sostanziali (le «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato») che procedurali (l'onere di «trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato» per l'espressione di un parere).

Si noti che sin dalla sentenza n. 14 del 2004 codesta ecc.ma Corte ha affermato che «dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario» (punto 4 in diritto).

Così dunque come l'ordinamento comunitario - che pure ha nella tutela della concorrenza un valore essenziale - rispetta tuttavia il diritto delle amministrazioni di erogare da sé il servizio, lo stesso principio non può non valere in diritto interno, ove la tutela della concorrenza costituisce semplicemente il limite esterno della competenza regionale e locale in relazione ai servizi pubblici ad essi spettanti.

Ad integrazione di tali considerazioni sia consentito di rinviare anche a quelle svolte nel punto 3 del presente ricorso, ove è argomentata la distinzione tra tutela della concorrenza e privatizzazione delle risorse pubbliche.

Per quanto riguarda altri titoli di competenza statale eventualmente immaginabili (l'art. 23-bis, comma 1, richiama espressamente l'art. 117, comma 2, lett. m), si può ricordare che la sent. 272/2004 ha avuto pure ad oggetto norme relative alle forme di gestione dei servizi pubblici e codesta Corte ha Osservato che «la disciplina in esame non appare riferibile alla competenza legislativa statale in tema di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione), giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali» (punto 3 del Diritto).

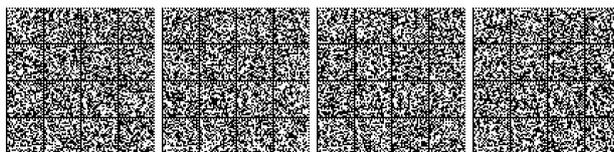
In effetti, non si vede in quale modo il divieto di gestione diretta del servizio e la forte limitazione della gestione in house potrebbero favorire il perseguimento dello scopo «di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti» (art. 23-bis, comma 1): anzi, sembra logico pensare che tali obiettivi possano essere meglio raggiunti con le forme di gestione appena citate.

Per quanto riguarda l'art. 117, comma 2, lett. p), la non invocabilità di esso in relazione alle modalità di affidamento dei servizi locali è già stata sancita da codesta Corte nelle sentt. 272/2004 e 307/2009, punto 6.1.

Nella sent. 307/2009 si legge anche che «le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali».

Ora, se il servizio idrico è una funzione fondamentale dell'ente locale, lo Stato non può vietare all'ente di svolgerlo direttamente, costringendolo ad affidarlo a terzi! L'art. 117, co. 2, lett. p) non può legittimare lo Stato a negare la possibilità per l'ente di esercitare la funzione. Può essere utile ricordare che l'art. 2, comma 4, 1. n. 131/2003 delega il Governo a «individuare le funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane in modo da prevedere, anche al fine della tenuta e della coesione dell'ordinamento della Repubblica, per ciascun livello di governo locale, la titolarità di funzioni connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente, essenziali e imprescindibili per il funzionamento dell'ente e per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento».

Dunque, delle funzioni fondamentali i comuni devono essere titolari e che significato ha la titolarità se è preclusa a priori la possibilità di svolgimento della funzione?



In definitiva, il nuovo art. 23-*bis*, commi 2 e 3, risulta illegittimo per violazione dell'autonomia legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali ed organizzazione degli enti locali (art. 117, comma 4, Cost.), in quanto impone come regime ordinario il conferimento della gestione del servizio idrico a favore di terzi o a favore di società miste, vieta la gestione diretta da parte dell'ente locale (in proprio o tramite azienda speciale) e limita fortemente la gestione in house.

Non si comprende come «servizi di interesse generale» (così lo stesso art. 23-*bis*, comma 1) non possano essere gestiti direttamente dall'ente pubblico deputato a soddisfare gli interessi generali della propria comunità (art. 3, comma 2, d. lgs. 267/2000: «Il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo»). Sotto tale aspetto, il nuovo art. 23-*bis*, commi 2 e 3, viola anche l'art. 118, commi 1 e 2, Cost., perché – vietando lo svolgimento diretto del servizio idrico – vanifica la norma che assegna, preferibilmente, le funzioni amministrative ai comuni (il servizio idrico virtualmente rimane di spettanza dei comuni ma in concreto viene assegnato ad altri soggetti; inoltre, la norma impugnata toglie ai comuni una parte essenziale della funzione, cioè la possibilità di scegliere la forma di gestione più adeguata).

Il legislatore statale, male intendendo — ad avviso della Regione — la propria funzione di tutela della concorrenza, ha dunque svuotato il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, co. 1, Cost., e ha violato anche il comma 2 dell'art. 118 Cost., perché ha vanificato la norma in base alla quale i comuni «sono titolari di funzioni amministrative proprie» (il servizio idrico, essendo una funzione fondamentale, rientra tra le funzioni «proprie» di cui all'art. 118, comma 2).

Ancora, i nuovi commi 2 e 3 dell'art. 23-*bis* violano l'art. 117, comma 1, Cost., in quanto contrastano con la Carta europea dell'autonomia locale di cui alla l. 439/1989, Ratifica ed esecuzione della convenzione europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985.

È ormai pacifico, dopo le sentt. 348 e 349 del 2007 di codesta Corte, che il senso di tali disposizioni consiste nel rendere i trattati internazionali legittimamente stipulati dall'Italia vincolanti per il legislatore ordinario.

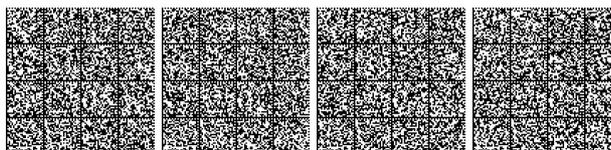
Se è così, pare chiara la contraddizione delle norme impuginate con le disposizioni della Carta. Si considerino, in particolare: l'art. 3, comma 1, secondo cui «per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici»; l'art. 4, comma 2, secondo cui «le collettività locali hanno, nell'ambito della legge, ogni più ampia facoltà di prendere iniziative proprie per qualsiasi questione che non esuli dalla loro competenza o sia assegnata ad un'altra autorità»; l'art. 4, comma 4, secondo cui «le competenze affidate alle collettività locali devono di regola essere complete ed integrali» (enfasi aggiunta).

Una volta che si riconosca, come codesta stessa Corte ha già affermato, che per le tradizioni storiche e per l'essenzialità del servizio per la vita sociale e collettiva, la gestione del servizio idrico è parte delle funzioni fondamentali dei Comuni, sembra evidente che solo ad essi spetta la decisione sul migliore modo di organizzarlo. La loro autonomia potrà essere limitata sul versante del dimensionamento del servizio per assicurare una distribuzione efficiente, e dunque sulla eventuale necessità di una gestione associativa della risorsa idrica, ma non si vede come possa risultare legittimo privarli o comunque configurare come eccezionale e soggetta a specifici aggravii procedurali la scelta di assumere essi stessi - conformemente del resto a consolidate tradizioni ed esperienze — la responsabilità della gestione diretta del servizio.

Né varrebbe replicare che le norme impuginate non incidono sulla spettanza delle funzioni ma solo sulle forme di gestione: quando la disciplina delle forme di gestione arriva ad impedire la gestione diretta del servizio idrico, non si può negare un'incidenza sulla spettanza concreta della funzione; inoltre, come detto, la norma impugnata toglie ai comuni una parte essenziale della funzione, cioè la possibilità di scegliere la forma di gestione più adeguata a soddisfare le esigenze della comunità rappresentata.

Infine, è da precisare che la Regione è legittimata a far valere la violazione dell'art. 118, commi 1 e 2, cost. e della Carta europea dell'autonomia locale: sia perché la lesione delle competenze comunali è strettamente connessa alla violazione della competenza legislativa regionale in materia di servizi pubblici e di organizzazione degli enti locali (come visto sopra), sia perché, comunque (sia consentito qui citare testualmente le parole di codesta ecc.ma Corte costituzionale), «le Regioni sono legittimate a denunciare la legge statale anche per la lesione delle attribuzioni degli enti locali, indipendentemente dalla prospettazione della violazione della competenza legislativa regionale» (sent. 298/2009, punto 7.2; v. anche le sentt. 169/2007, punto 3; 95/2007, 417/2005, 196/2004 e 533/2002).

In subordine, qualora fosse ritenuta legittima l'imposizione di un regime «ordinario» di affidamento del servizio all'esterno e la limitazione a casi eccezionali di forme di gestione non concorrenziali, sarebbe comunque incostituzionale il nuovo art. 23-*bis*, comma 2, lett. b), nella parte in cui regola in dettaglio l'affidamento del servizio alla società



mista, imponendo una partecipazione minima del 40% del socio privato e «l'attribuzione [al socio] di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio».

In tal modo il legislatore ha violato il criterio di proporzionalità che deve guidare l'adozione di norme volte a tutelare la concorrenza (v. la sent. 272/2004), invadendo il campo riservato alla potestà legislativa regionale in materia di servizi pubblici.

Le norme in questione, infatti, pongono ulteriori vincoli alla potestà legislativa regionale, senza che essi risultino funzionali ad una maggiore promozione della concorrenza, della quale potrebbero persino risultare piuttosto limitative. Infatti, sono gli stessi privati che potrebbero non avere interesse ad acquistare, un pacchetto di azioni significativo (almeno il 40%) e presumibilmente di notevole impegno economico (e che tuttavia non garantisce affatto il controllo sulla società), per avere in cambio — in ipotesi — solo singoli e specifici compiti operativi e non l'intera gestione (a volte, unica condizione per poter rientrare degli investimenti fatti per «comprare» la qualifica di socio).

E per altro verso, in senso contrario, in alcuni casi la situazione gestionale concretamente esistente potrebbe rendere preferibile in termini di efficienza una privatizzazione attraverso la selezione di un socio privato mero finanziatore, al quale non affidare alcun compito operativo, ma da coinvolgere solo nel finanziamento della attività.

La ritenuta illegittimità dell'imposizione dell'affidamento a privati come forma gestionale ordinaria, e della previsione come eccezionale della gestione mediante la propria organizzazione (in house), comporta logicamente l'illegittimità dell'art. 23-bis, comma 4, in quanto esso richiede uno speciale parere per l'adozione della gestione diretta del servizio mediante la propria organizzazione o in house.

È evidente, infatti, che tale parere si può giustificare soltanto come forma di garanzia della «eccezionalità» della gestione in house e della fondatezza delle specifiche ragioni della scelta, ma che esso non ha più senso né ragionevolezza una volta che si riconosca il diritto dell'amministrazione di gestire in proprio il servizio.

Giova infine precisare che la gestione in proprio del servizio non sottrae quote sostanziali di mercato alla concorrenza: è evidente, infatti, che le regole della gara pubblica torneranno ad applicarsi per i beni, le forniture ed i servizi che l'amministrazione dovrà procurarsi per l'erogazione del servizio.

Anche da questo punto di vista, dunque, l'imposizione della privatizzazione della gestione non può giustificarsi come tutela della concorrenza.

2) In subordine: illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lett. b), nella parte in cui regola le forme di affidamento non competitive.

In subordine, qualora fosse ritenuta legittima l'imposizione di un regime «ordinario» di affidamento del servizio all'esterno e la limitazione a casi eccezionali di forme di gestione non concorrenziali, sarebbe comunque incostituzionale il nuovo comma 3 dell'art. 23-bis, che, invece di rinviare alle forme di gestione diretta previste dalla legislazione regionale o, in mancanza, scelte dagli enti locali, regola direttamente anche tale caso, imponendo la gestione in house ed escludendo la gestione in proprio da parte dell'ente locale o la gestione tramite azienda speciale.

Sotto tale profilo, l'art. 15 d.l. n. 135/2009 peggiora la disposizione rispetto a quanto risultava dall'originario art. 23-bis d.l. 112/2008: infatti, l'originario comma 3 stabiliva che, «in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria» (che, come visto, ammette sia la gestione diretta da parte dell'ente locale, sia la gestione tramite azienda speciale, sia la gestione tramite società in house).

Invece, l'art. 15 d.l. 135/2009 — oltre ad imporre una forma di gestione «ordinaria» — impone anche la forma di gestione alternativa, per i casi in cui non ci può essere un «utile ricorso al mercato». Ma appare evidente che, nel momento in cui non si attiva la procedura competitiva, è escluso che lo Stato possa invocare la propria competenza in materia di «tutela della concorrenza»: anche ammesso, in denegata ipotesi, che il nuovo comma 2 dell'art. 23-bis sia giustificato dall'art. 117, comma 2, lett. e), di certo tale norma non potrebbe legittimare la disciplina statale delle forme di gestione non competitive, che ricadono indubbiamente nella competenza regionale piena in materia di servizi pubblici e di organizzazione degli enti locali.

Di qui l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata.

3) Illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lett. d).

Il nuovo comma 8 dell'art. 23-bis regola il «regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3».

Nella lett. a) si dispone che «le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta in house cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011»; «esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a



condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera *b*) del comma 2».

Le lett. *b*) e *c*) regolano il regime transitorio delle gestioni affidate direttamente a società miste.

La lett. *d*) stabilisce che «gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015».

Dunque, tali norme impongono o la cessazione anticipata della gestione in house o la dismissione di quote rilevanti delle partecipazioni pubbliche.

Esse sono illegittime in primo luogo - naturalmente - per le medesime ragioni già esposte nel punto 1, in quanto, impedendo la gestione del servizio da parte degli enti locali tramite società pubblica, coartano il diritto degli enti locali di erogare in proprio il servizio e ledono la potestà legislativa regionale nella materia in questione: sia consentito, dunque, rinviare al motivo n. 1.

Ad avviso della Regione, anche tali norme non si possono giustificare a titolo di «tutela della concorrenza».

In realtà l'art. 23-*bis*, come modificato dalla norma impugnata, imponendo agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati, confonde la tutela della concorrenza con la privatizzazione delle risorse pubbliche.

La tutela della concorrenza è un principio comunitario e oramai costituzionale che riguarda l'organizzazione dei mercati e presuppone, perciò, che un mercato esista e che l'apparato pubblico debba assicurare le regole di competitività tra le imprese. In questi termini vale, al riguardo, la competenza esclusiva dello Stato, oltre che l'incombente e prevalente normativa comunitaria.

La privatizzazione delle risorse pubbliche, invece, ha come sua ragione giustificativa la miglior utilizzazione di tali risorse e, quindi, si impone per ragioni del tutto estranee alla tutela della concorrenza: la quale invece, dovrà essere assunta come metodo per pervenire alla privatizzazione (una volta che la si sia per altra ragione decisa), affinché questa non favorisca determinati operatori, a scapito di altri.

La privatizzazione non ricade in specifiche competenze né della Comunità europea, né dello Stato: né, d'altronde, è una vera materia, trattandosi invece di una modalità di gestione di un bene, servizio o attività.

Inoltre, trattandosi di un trasferimento ai privati di risorse costituite a spese della collettività, è un processo che va attentamente valutato in termini di benefici di ritorno alla collettività stessa. Essa, dunque, si giustifica soltanto là dove l'ingresso del privato sia una garanzia di maggiore efficienza della gestione del bene privatizzato.

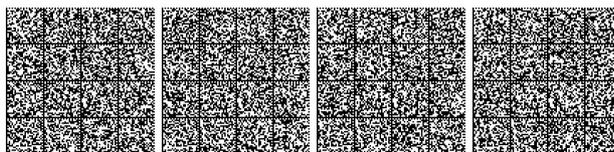
Se ciò è vero, lo Stato non può imporre la privatizzazione con la propria legge, per ragioni attinenti ad un'astratta valutazione dell'efficienza del servizio, a meno che non si tratti di tutelare i livelli essenziali delle prestazioni (come non accade certo nel presente caso: *v. supra*). L'efficienza, infatti, deve essere valutata in concreto dagli enti esponenziali della collettività che gestiscono il servizio, mentre disciplinarne le forme di esercizio in via generale ed astratta non può che contravvenire al principio di sussidiarietà, oltre che al riparto delle materie che a quel principio si ispira.

Lo Stato, dunque, può legiferare: *a*) per assicurare la concorrenza là dove l'ente competente decida di aprire il servizio ai privati; *b*) per assicurare i livelli essenziali delle prestazioni; *c*) ponendo norme di principio sul coordinamento finanziario, là dove si tratti di limitare il costo dei servizi rispetto al bilancio pubblico.

Per il resto, le modalità di erogazione dei servizi pubblici locali devono rientrare nella competenza e responsabilità politica delle comunità territoriali, alle quali compete la scelta anche delle modalità di erogazione e dei modelli di gestione.

Le norme impuginate sovrappongono e dunque confondono i due piani, che vanno, invece, mantenuti nettamente distinti. La confusione, a sua volta, nasce da un presupposto concettuale che si ritiene profondamente errato: che i principi della tutela della concorrenza comportino la necessaria privatizzazione delle risorse pubbliche, allo scopo di favorire l'insorgere di mercati concorrenziali, anche là dove essi attualmente non ci siano.

Questo, a ben vedere, non significa tutelare la concorrenza, ma favorire la presenza di operatori privati, affidando loro le risorse pubbliche che sono patrimonio delle collettività territoriali. Così si contravviene a un ordine logico che, almeno per quanto riguarda i settori su cui non è già presente un mercato concorrenziale (ad es. servizio idrico), dovrebbe muovere dall'obiettivo fondamentale e irrinunciabile della qualità dei servizi (il livello di diffusione, il livello



delle prestazioni, il livello delle tariffe, la trasparenza della gestione, la democraticità dei controlli e degli indirizzi, ecc.).

Sotto questo profilo, le norme sul superamento della gestione in house sono palesemente orientate a favorire un ingiustificabile processo di «svendita» (trattandosi di vendita obbligatoria e quindi fuori dalle condizioni di mercato) del patrimonio pubblico capitalizzato nel valore delle società pubbliche che hanno avuto in affidamento i servizi, senza alcuna valutazione delle conseguenze che questo processo avrebbe sulla qualità dei servizi. Questo non corrisponde al principio comunitario di tutela della concorrenza, ma ad un «credo ideologico» circa la migliore capacità delle imprese private di gestire non l'impresa in sé, ma gli interessi pubblici.

Questa opzione è meramente ideologica, in quanto essa è estranea sia alla costituzione comunitaria - nella quale è indiscusso il diritto delle amministrazioni di gestire direttamente i propri servizi pubblici, sia alla Costituzione italiana, nella quale - fermo il diritto di iniziativa economica privata - è pienamente ammessa l'impresa pubblica, in particolare finalizzata alla gestione dei servizi pubblici: al punto che non solo la Costituzione non contiene alcuna limitazione, ma addirittura prevede (art. 43) che per ragioni di utilità generale (cioè di interesse pubblico) possano addirittura essere trasferiti alla gestione pubblica imprese già in regime di iniziativa privata.

È, peraltro, evidente l'interesse della Regione ad impugnare tali disposizioni: su un piano generale ad opporre ad una visione ideologica, priva di qualsiasi riscontro oggettivo, una diversa interpretazione degli interessi della propria comunità; sul piano più direttamente giuridico, a realizzare la propria competenza legislativa in materia di servizi pubblici, che è lo strumento con cui la Costituzione garantisce la sua autonomia politica, nonché la propria vocazione a rappresentare gli interessi delle amministrazioni locali della propria comunità (su ciò v. le sentt. 298/2009, punto 7.2, 169/2007, punto 3; 95/2007, 417/2005, 196/2004 e 533/2002).

Dunque, anche il nuovo art. 23-bis, comma 8, lett. a) e lett. d) viola l'art. 117, comma 1 (per contrasto con la Carta europea dell'autonomia locale), comma 2 (per erronea interpretazione dei confini dei poteri statali ivi previsti) e co. 4 (per violazione della potestà legislativa regionale piena in materia di servizi locali e organizzazione degli enti locali), e l'art. 118, comma 1 e 2, cost. (per violazione del principio di sussidiarietà e della titolarità comunale di funzioni proprie), per le ragioni esposte nel punto 1.

Ancora, il nuovo art. 23-bis, comma 8, lett. a) e lett. d) lede l'autonomia finanziaria degli enti locali (art. 119 Cost.), dato che impone ad essi di cedere rilevanti quote delle società da essi controllate (e, come detto, l'obbligatorietà della vendita rende difficile ottenere le condizioni di mercato). La Regione è legittimata a far valere tale lesione (si vedano le decisioni di codesta ecc.ma Corte costituzionale richiamate poco sopra).

In subordine, esso è illegittimo in quanto regola nel dettaglio le quantità, le modalità ed i tempi di tali cessioni, per le ragioni già esposte al punto 1) del presente ricorso, là dove si è contestato il comma 2, lett. b), per la regolazione in dettaglio dell'affidamento alla società mista (e il comma 8, lett. a), rinvia appunto al comma 2, lett. b).

P. Q. M.

La Regione Umbria, come sopra rappresentata e difesa, chiede voglia codesta ecc.ma Corte costituzionale accogliere il ricorso, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lett. b) e lett. d) del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166.

Padova-Roma, 21 gennaio 2010

Avv. Giandomenico FALCON

Avv. Luigi MANZI

Allegati

1) Deliberazione della Giunta regionale n. 32 del 19 gennaio 2010.



N. 15

Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 29 gennaio 2010
(della Regione Marche)

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Applicazione necessaria di tale disciplina al servizio idrico integrato - Ritenuta impossibilità di qualificare il servizio idrico della Regione come servizio a rilevanza economica, e conseguente spettanza del servizio medesimo alla potestà regolamentare dell'Autorità d'ambito o, in subordine, alla potestà legislativa residuale della Regione - Estremo dettaglio della disciplina transitoria - Lamentato svuotamento della proprietà pubblica del demanio idrico regionale e locale - Contrasto con il diritto comunitario che consentirebbe libertà di scelta del modello per la conformazione dei servizi di interesse generale - Ricorso della Regione Marche - Denunciata violazione della competenza legislativa della Regione nella materia residuale dei servizi pubblici locali e della potestà regolamentare degli enti locali, violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità, violazione del patrimonio pubblico regionale e locale, violazione del vincolo di osservanza delle norme comunitarie - Richiesta di eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n.135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, commi 1 e 1-ter, modificativi dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.
- Costituzione, artt. 117, primo, quarto e sesto comma, e 119, sesto comma; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 143, comma 1, e 153; trattato CE, artt. 14 e 106.

Ricorso della Regione Marche, in persona del Presidente *pro tempore* della Giunta regionale, a ciò autorizzato con deliberazione della Giunta regionale n. 2261 del 28 dicembre 2009, rappresentato e difeso dall'avv. prof. Stefano Grassi ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Roma, piazza Barberini 12, come da procura speciale per atto del notaio Sabatini di Ancona, n. rep. 50.361 del 18 gennaio 2010 contro lo Stato, in persona del Presidente del Consiglio dei ministri *pro tempore* per la dichiarazione di illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'articolo 15, commi 1 e 1-ter, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee), così come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 20 novembre 2009, n. 166, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* 24 novembre 2009, n. 274, S.O., nella parte in cui le citate disposizioni si applicano al servizio idrico integrato, per violazione degli articoli 117, commi 1, 4 e 6, e 119, comma 6, della Costituzione.

1. — Il decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 20 novembre 2009, n. 166, ha introdotto «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee».

L'art. 15 di questo atto normativo — rubricato «Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica» — ha apportato importanti modifiche all'articolo 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 (disposizione che reca norme concernenti l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, «in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione»).

2. — Il comma 2 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, così come risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 15, comma 1, del d.l. n. 135 del 2009, che qui si impugna, dispone che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali cui esso si riferisce avvenga, «in via ordinaria», alternativamente o «a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità» (art. 23-bis, comma 2, lett. a); ovvero «a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza



pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera *a*), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento» (art. 23-*bis*, comma 2, lett. *b*).

A fianco delle possibilità menzionate — alle quali, come già evidenziato, si deve far ricorso «in via ordinaria» — il comma 3 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 (sempre come risultante a seguito delle modifiche introdotte dalla disposizione che si contesta in questa sede) prevede la possibilità di conferire la gestione di servizi pubblici locali con modalità derogatorie, alle quali è possibile far ricorso soltanto «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato».

In tali circostanze, secondo la disposizione in questione, «l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Ove l'affidamento avvenga secondo le modalità derogatorie previste dal citato comma 3, il successivo comma 4 del medesimo articolo prevede, nel testo oggi vigente, che l'ente affidante debba: *a*) «dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato»; *b*) «contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione». Il parere — precisa inoltre la norma — «si intende espresso in senso favorevole» ove non sia reso entro tale termine.

3. — La disciplina così richiamata si applica anche a quello specifico servizio pubblico locale che è il servizio idrico integrato, come risulta sia da alcune disposizioni già presenti nel testo del citato art. 23-*bis*, in vigore prima delle modifiche qui contestate, sia — più specificamente — dall'art. 15, comma 1-*ter*, del d.l. n. 135 del 2009, anch'esso impugnato mediante il presente ricorso.

Quanto alle prime, è possibile citare: *i*) l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *d*), ai sensi del quale il Governo era incaricato di adottare uno o più regolamenti di delegificazione al fine di «armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua»; *ii*) l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *e*) — disposizione, quest'ultima, non più vigente — in forza del quale, sempre mediante regolamento governativo, si doveva procedere a «disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo».

L'art. 15, comma 1-*ter*, del d.l. n. 135 del 2009, prevede invece che «tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-*bis* del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio».

4. — La Regione Marche, con la deliberazione della Giunta indicata in epigrafe, ha espresso la volontà di impugnare davanti a questa Corte l'art. 15, commi 1 e 1-*ter*, del d.l. n. 135 del 2009, così come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 20 novembre 2009, n. 166, nella parte in cui le citate disposizioni si applicano al servizio idrico integrato, risultando costituzionalmente illegittime e lesive dell'autonomia che la Costituzione riconosce e garantisce alla stessa Regione ricorrente, per le seguenti ragioni di

D I R I T T O

5. — Illegittimità costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e 1-*ter*, del d.l. n. 135 del 2009, per violazione dell'art. 117, sesto comma, Cost., il quale attribuisce agli enti locali territoriali la potestà regolamentare «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite».

5.1. — Le disposizioni impugnate disciplinano le modalità tramite le quali devono essere necessariamente affidati i servizi pubblici locali che abbiano rilevanza economica.



In particolare, si è evidenziato come tali modalità contemplano il c.d. «affidamento in house» soltanto quale ipotesi eccezionale, della quale avvalersi in presenza di circostanze peculiari le quali, a causa di particolari «caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato». Solo in questi casi sarà quindi possibile far ricorso all'in house providing, non peraltro senza adempiere ad alcuni obblighi procedurali, e cioè: *a)* «dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato»; *b)* «contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione».

In questo contesto, una importanza centrale è assunta dal secondo dei due commi qui impugnati dell'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, ossia il comma 1-ter, secondo cui: «Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-bis del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio».

Questa disposizione deve essere contestata per la parte in cui stabilisce obbligatoriamente che per la gestione del servizio idrico integrato sia scelta una delle forme di affidamento di cui al nuovo art. 23-bis del d.l. n. 112 del 1998 (così come convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008), richiamate nelle pagine che precedono. La legge statale non può imporre, in via generale e astratta, ed in modo del tutto inderogabile, la configurazione del servizio idrico integrato quale «servizio pubblico locale avente rilevanza economica», con il conseguente obbligo per gli enti titolari della funzione di conformare scopi, obiettivi e missioni del servizio in questione al perseguimento della remuneratività del capitale investito o comunque della redditività per il soggetto gestore, escludendo la possibilità di qualificare il servizio come «servizio pubblico locale non avente rilevanza economica». Tale vincolo si pone in contrasto con l'art. 117, sesto comma, Cost., nella parte in cui riconosce la competenza regolamentare degli enti locali in relazione alla «organizzazione» delle funzioni ad essi attribuite.

5.2. — La censura presuppone una premessa sulla possibilità di qualificare un servizio pubblico locale come «avente rilevanza economica» ovvero come «non avente rilevanza economica».

Come hanno evidenziato con ampiezza di argomentazioni sia la dottrina che la giurisprudenza amministrativa, la nozione di «servizio a rilevanza economica» non può essere intesa quale nozione volta a tracciare una volta per tutte una linea discrezionale tra diversi tipi di attività, alla luce di una supposta «natura ontologica» della medesima. La distinzione è soltanto una «conseguenza del modello gestionale scelto dall'amministrazione per la sua organizzazione» (cfr. R. Chiappa, V. Lopilato, Studi di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2007, 756).

Nel nostro ordinamento la nozione di «attività economica» deve essere ricostruita alla luce dell'art. 2082 del codice civile, ai sensi del quale «è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi». Come è stato osservato, «è ormai opinione comune quella che vuole il carattere dell'economicità (...) riferibile solo a quelle attività in grado di essere condotte in modo da produrre degli utili e (...) in ultima analisi l'autosufficienza nel mercato». Da ciò la conclusione cui si è fatto cenno, secondo la quale «la rilevanza economica del servizio pubblico locale deriverebbe dalla decisione dell'ente di procedere alla gestione dello stesso secondo modalità in astratto idonee a garantire le entrate necessarie per coprire quantomeno i costi di produzione». Al contrario «la rilevanza economica andrebbe esclusa per quei servizi per i quali l'amministrazione intende assicurare la copertura dei costi ricorrendo alla fiscalità generale ovvero applicando prezzi politici» (G. Pipera, I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali, in www.astrid-online.it).

La stessa giurisprudenza amministrativa si è orientata in questa direzione, affermando che «debbono considerarsi privi di rilevanza economica (...) i servizi caratterizzati dall'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, dalla mancanza di assunzione del rischio economico connesso alla specifica attività, nonché dalla presenza di eventuali finanziamenti pubblici» (così, ad es., T.A.R. Lazio, Roma, II, 6 maggio 2005, n. 3397).

Questa prospettiva è stata accolta anche dalla giurisprudenza di questa Corte (v. la sent. n. 272 del 2004, nella quale si afferma che i servizi pubblici locali appariranno dotati, o, al contrario, privi di rilevanza economica) «in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari» (par. 4 del *Considerato in diritto*).

La qualificazione di un servizio pubblico come servizio dotato o non dotato di rilevanza economica non deriva quindi dai caratteri «naturalisti», intrinseci a ciascuno di essi. La qualificazione è mera conseguenza della valutazione schiettamente politica che l'organo o ente titolare del servizio ha effettuato sulle modalità con le quali esso debba essere organizzato e gestito (scegliendo, in particolar modo, se ci debba essere o meno uno scopo lucrativo per il soggetto che



lo svolge, se quest'ultimo debba assumere o meno i rischi connessi all'attività, e se debbano essere presenti o meno finanziamenti pubblici nei confronti di detta attività).

5.3. — In questo senso qualunque servizio pubblico locale può essere qualificato sia come avente rilevanza economica sia come privo della medesima. A questo fine sarà sufficiente, per l'ente titolare del servizio, conformare in un senso o nell'altro i suoi aspetti organizzativi e gestionali.

Se per l'ordinamento comunitario la distinzione tra servizi aventi rilevanza economica e servizi non aventi rilevanza economica conta essenzialmente ai fini dell'applicazione delle norme pro concorrenziali, nell'ambito dell'ordinamento costituzionale italiano essa si carica di un ulteriore aspetto, peraltro connesso a quest'ultimo. Come la giurisprudenza di questa Corte ha in più di una occasione evidenziato, la qualificazione di un servizio pubblico locale come servizio «a rilevanza economica» comporta inevitabilmente la sua soggezione alle regole poste dallo Stato in funzione della «tutela della concorrenza», ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., sempreché — ovviamente — esse siano state legittimamente dettate alla luce dello «statuto» che la medesima giurisprudenza ha individuato per l'esercizio di questa potestà legislativa statale (ancorandolo, in particolare, al rigoroso rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità rispetto ai fini pro concorrenziali concretamente perseguiti: si vedano, per tutte, le sentenze nn. 272 del 2004, 175 del 2005, 80 del 2006, 401, 430, 431, 443 e 452 del 2007). Viceversa, al di fuori di ciò che può essere disciplinato in forza del menzionato titolo di intervento legislativo, allo Stato difetta la competenza a dettare, in via generale, norme concernenti i servizi pubblici locali, giacché tale «materia» deve essere considerata riconducibile alla potestà legislativa residuale regionale (si veda, sul punto, il consolidato orientamento di questa Corte espresso nelle sentenze nn. 272 del 2004, 29 del 2006, 38 del 2007 e 307 del 2009).

La disposizione impugnata si collega al tema della assoggettabilità di determinati servizi pubblici locali alle norme poste dallo Stato a tutela della concorrenza, ma stabilisce una norma che interviene su un presupposto decisivo e distinto rispetto alle regole concorrenziali. Infatti la norma impugnata determina l'allocazione della competenza circa la decisione di conformare come «avente rilevanza economica» o come «non avente rilevanza economica» un determinato servizio pubblico locale. Decisione dalla quale discendono importanti conseguenze circa il riparto della funzione normativa tra i diversi enti che «costituiscono» la Repubblica, poiché, come questa Corte ha avuto modo di evidenziare già a partire dalla sent. n. 272 del 2004, per quei servizi che «appaiono privi di «rilevanza economica», ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale» (par. 4 del *Considerato in diritto*).

La decisione, adottata mediante la normativa qui impugnata, in quanto rende obbligatoria la qualificazione del servizio idrico integrato come servizio «avente rilevanza economica», e conseguentemente il suo affidamento mediante le forme previste dal vigente testo dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, viola evidentemente l'art. 117, sesto comma, Cost., il quale dispone che «i Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni attribuite».

5.4. — Il regime giuridico della potestà regolamentare locale ai sensi del citato art. 117, sesto comma, Cost., in relazione alle altre fonti del diritto, ed in particolare alle fonti legislative, è stato inequivocabilmente chiarito dalla ben nota sent. n. 246 del 2006 di questa Corte; nella quale si trova affermato che «se il legislatore regionale nell'ambito delle proprie materie legislative dispone discrezionalmente delle attribuzioni di funzioni amministrative agli enti locali, ulteriori rispetto alle loro funzioni fondamentali, anche in considerazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza di cui al primo comma dell'art. 118 della Costituzione», tuttavia «non può contestualmente pretendere di affidare ad un organo della Regione — neppure in via suppletiva — la potestà regolamentare propria dei Comuni o delle Province in riferimento a quanto attribuito loro dalla legge regionale medesima». Ciò in quanto «nei limiti (...) delle funzioni attribuite dalla legge regionale agli enti locali, solo quest'ultimi possono — come espressamente affermato nell'ultimo periodo del sesto comma dell'art. 117 Cost. — adottare i regolamenti relativi all'organizzazione ed all'esercizio delle funzioni loro affidate dalla Regione» (par. 7.1 del *Considerato in diritto*).

Il sintesi, in base all'insegnamento di questa Corte, il legislatore competente per materia ex art. 117 Cost. può, nell'esercizio della propria discrezionalità legislativa, determinarsi circa l'attribuzione o meno agli enti locali territoriali di una determinata funzione amministrativa — ovviamente nel pieno rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza posti dall'art. 118, primo comma, Cost. — ma, una volta che si sia determinato nel senso dell'affidamento ad uno di questi enti della funzione in considerazione, sorge a beneficio della potestà regolamentare dell'ente locale un ambito intangibile e incompressibile — concernente la disciplina degli aspetti organizzativi e delle modalità di svolgimento della funzione — opponibile anche alla stessa fonte legislativa.

La disposizione costituzionale considerata — come è stato efficacemente messo in evidenza anche dalla sopra citata sent. n. 246 del 2006 — non riguarda semplicemente e soltanto lo «svolgimento» della funzione considerata, bensì anche la sua «organizzazione». Ora, posto che la normativa vigente affida la cura del servizio idrico integrato a quella particolare «struttura dotata di personalità giuridica costituita in ciascun ambito territoriale ottimale delimitato



dalla competente regione» che è l'Autorità d'ambito — «alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche» (così l'art. 148, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006) — non vi è chi non veda come quell'area incompressibile di formazione regolamentare concernente il servizio idrico integrato non possa che essere ricondotta alla titolarità congiunta degli enti locali che obbligatoriamente fanno parte dell'Autorità d'ambito e come la suddetta area incompressibile di potestà normativa ricomprenda precisamente la decisione circa la conformazione del servizio quale dotato ovvero non dotato di rilevanza economica, posto che detta conformazione dipende esclusivamente dalla «organizzazione» del servizio medesimo.

Il dato costituzionale, al riguardo, è dunque chiaro.

La materia dei «servizi pubblici locali» rientra nell'ambito della potestà legislativa residuale affidata alle Regioni dall'art. 117, quarto comma, Cost., come ha da tempo affermato la giurisprudenza costituzionale con quel consolidato orientamento che si è già avuto modo di richiamare (*cf.* sentenze nn. 272 del 2004, 29 del 2006, 38 del 2007 e 307 del 2009).

Questa competenza legislativa regionale incontra però (per quel che qui specificamente interessa) due limiti.

Il primo concerne la potestà legislativa statale nell'ambito della materia di competenza esclusiva della «tutela della concorrenza». In forza di tale titolo di intervento, lo Stato può disciplinare importanti aspetti della materia *de qua*, limitatamente, però, ai servizi pubblici locali dotati di rilevanza economica. La legislazione regionale, dunque, potrà disciplinare gli aspetti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che non siano stati legittimamente normati dallo Stato, nonché la «sub-materia» dei servizi pubblici locali non dotati di rilevanza economica.

Il secondo limite della potestà legislativa regionale dipende dall'art. 117, sesto comma, Cost., e riguarda l'impossibilità di violare la riserva che questa disposizione pone a beneficio della potestà regolamentare degli enti locali cui è congiuntamente affidato il servizio per il tramite dell'Autorità d'ambito, in riferimento al suo «svolgimento» e — per quel che qui specificamente interessa — alla sua «organizzazione».

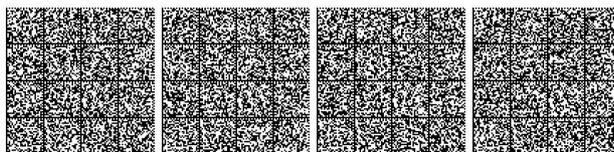
Il medesimo limite si impone, a maggior ragione, alla legislazione dello Stato, posto che quest'ultimo dispone, nella materia dei «servizi pubblici locali», di un titolo di intervento «trasversale», e dunque di stretta interpretazione, oltre che gravato dagli accennati limiti di adeguatezza e proporzionalità (*cf.*, in particolare, le richiamate sentt. nn. 272 del 2004, 175 del 2005, 430, 443 e 452 del 2007). Anche la legge statale adottata in virtù dell'art. 117, secondo comma, lett. *e*), Cost., dunque, deve rispettare l'ambito affidato alla potestà regolamentare locale circa l'organizzazione del servizio, in forma di servizio avente rilevanza economica o non avente rilevanza economica.

In sintesi, alla potestà regolamentare locale spetta la decisione circa la conformazione del servizio idrico come dotato di rilevanza economica o meno, *ex* art. 117, sesto comma, Cost. Da questa decisione dipenderà l'applicazione della normativa che, nell'affidamento, nella gestione e nello svolgimento del servizio dovrà essere rispettata. Si tratterà della normativa statale concernente la tutela della concorrenza, nonché della normativa regionale compatibile con quella statale legittimamente posta in virtù di tale titolo, ove si opti per la prima alternativa. Sarà, invece, senz'altro la disciplina regionale dei servizi pubblici locali, ove invece ci si determini nel senso della seconda possibilità.

5.5. — Si deve escludere la possibilità che le disposizioni legislative impugnate siano ritenute fondate sulla competenza statale concernente le «funzioni fondamentali» di Comuni, Province e Città metropolitane, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *p*), Cost.

Sono state indicate dalla dottrina, infatti, numerose buone ragioni per escludere che tra le «funzioni fondamentali» di cui alla disposizione costituzionale appena menzionata possano essere comprese anche funzioni amministrativo-gestionali in senso proprio, oltre a quelle — certamente «fondamentali» — in cui si esprimono la potestà statutaria, la potestà regolamentare e la potestà amministrativa a carattere «ordinamentale» concernente le funzioni essenziali che attengono alla vita stessa e al governo dell'ente.

Innanzitutto, partendo dalla premessa, ampiamente desumibile dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale la *ratio* della attribuzione allo Stato di una competenza legislativa è da rintracciare in una esigenza unitaria, deve rilevarsi che, nel caso di specie, non si capirebbe ove rintracciare una tale esigenza unitaria nell'ipotesi in cui tra le funzioni fondamentali menzionate alla lett. *p*) dell'art. 117, secondo comma, Cost., fossero annoverabili anche funzioni consistenti nella concreta cura di interessi. Ciò perché tali funzioni dovrebbero comunque essere allocate tra gli enti locali in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza *ex* art. 118, primo comma, Cost. E tale vincolo, ovviamente, graverebbe allo stesso modo sulla legge statale e su quella regionale (art. 118, secondo comma, Cost.), guidandole verso le medesime scelte. Come è stato evidenziato, «se le funzioni fondamentali sono amministrative, la legge statale non potrebbe allocarle senza tener conto del vincolo costituito dal principio di sussidiarietà: e quindi, non potrebbe assegnare alle Province funzioni amministrative che potrebbero essere adeguatamente svolte dai Comuni (o viceversa). Ma in questo caso non si capisce perché — nelle materie di spettanza regionale — questa



valutazione di sussidiarietà/adequatezza debba essere operata dalla legge statale in luogo di quella regionale, tanto più che la sussidiarietà vincolerebbe allo stesso modo tanto il legislatore statale che quello regionale, prescrivendo la medesima soluzione allocativa» (così O. Chessa, *Pluralismo paritario e autonomie locali nel regionalismo italiano*, in www.astrid-online.it, 14).

Nel senso indicato depone anche una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali.

A fianco del principio di sussidiarietà e di adeguatezza, nel guidare la allocazione delle funzioni amministrative, l'art. 118 Cost. afferma anche il principio di differenziazione. Tale principio specifica gli altri due. Il suo contenuto precettivo consiste nello stabilire che la valutazione di adeguatezza/inadeguatezza rispetto allo svolgimento della funzione che sorregge il principio di sussidiarietà deve tener conto delle differenze concrete che sussistono tra enti della medesima categoria. Il principio di differenziazione, dunque, spinge a valutare diversamente enti che, pur appartenendo alla medesima categoria (ad es., due Comuni, o due Province) hanno caratteristiche (ad es. dimensionali) molto differenti. In base a questo principio, dunque, nella allocazione delle funzioni amministrative la legge regionale o statale, competente per materia, dovrebbe compiere una valutazione di adeguatezza-inadeguatezza differente per enti con caratteristiche differenti pur se del medesimo tipo, ad esempio, ritenendo adeguati allo svolgimento della funzione i Comuni con più di x abitanti, ed inadeguati i Comuni con x o meno di x abitanti.

In sintesi, si può ritenere che il principio di differenziazione sia una peculiare declinazione che assume il principio di eguaglianza nell'ambito della allocazione delle funzioni amministrative. Il principio di eguaglianza, infatti, impone di trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse. Nel caso in questione, impone di trattare in modo diverso due enti che — pur appartenenti alla medesima categoria — siano caratterizzati da diversità tali che uno sia da considerare adeguato, ed un altro inadeguato, allo svolgimento delle medesime funzioni.

È del tutto evidente che il portato precettivo del principio di differenziazione (e, per il suo tramite, del principio di eguaglianza) risulterebbe del tutto trascurato ove si ritenesse che le funzioni amministrativo-gestionali possano rientrare tra le «funzioni fondamentali» per consentire soluzioni allocative, da parte della legge statale, uniformi per tutto il territorio nazionale. Viceversa, è il principio di sussidiarietà a richiedere la differenziazione.

D'altra parte, non si potrebbe certo ritenere che la soluzione proposta in questa sede sia in grado di pregiudicare quella uniformità minima negli standard di prestazione relativi a quelle funzioni, particolarmente importanti per le collettività locali, che in virtù di tale importanza si volessero far rientrare tra quelle «fondamentali». Lo Stato, infatti sarebbe comunque dotato della competenza ad individuare i «livelli essenziali delle prestazioni», e inoltre avrebbe a disposizione, in ogni caso, lo strumento del potere sostitutivo straordinario ex art. 120, secondo comma, Cost., per garantire l'effettività di questi ultimi.

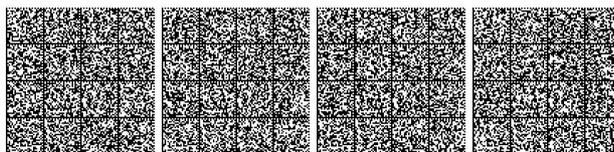
In sintesi, per le ragioni appena esposte, la Regione ricorrente ritiene che si debba escludere che le disposizioni concernenti il servizio idrico integrato, impugnate in questa sede, possano essere considerate espressione della competenza legislativa statale a disciplinare le «funzioni fondamentali» di Comuni, Province e Città metropolitane, ex art. 117, secondo comma, lett. *p*), Cost.

La Regione ricorrente non ignora la recente sentenza di questa Corte dove si trova affermato che «le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina è stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117» (sent. n. 307 del 2009, par. 5.2 del *Considerato in diritto*). Tale precedente non esclude la possibilità di contestare che la decisione circa la conformazione del servizio idrico integrato come servizio pubblico locale a rilevanza economica, ovvero come servizio pubblico locale privo di tale rilevanza possa essere assunta dallo Stato in forza della sua competenza in materia di «funzioni fondamentali» di Comuni, Province e Città metropolitane.

È la stessa sent. n. 307 del 2009, cit., a deporre inequivocabilmente in tal senso.

In essa infatti si legge che l'evocazione del parametro di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *p*), Cost., deve essere ritenuta «inconferente» rispetto a norme concernenti «le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica», le quali trovano il loro fondamento, invece, nell'art. 117, secondo comma, lett. *e*), Cost., e ciò in quanto «la regolamentazione di tali modalità non riguarda un dato strutturale del servizio né profili funzionali degli enti locali ad esso interessati (come, invece, la precedente questione relativa alla separabilità tra gestione della rete ed erogazione del servizio idrico), bensì concerne l'assetto competitivo da dare al mercato di riferimento» (par. 6.1 del *Considerato in diritto*).

Da quanto precede risulta con chiarezza che gli aspetti del servizio idrico integrato rilevanti ai fini del riparto di competenze normative sono (almeno) tre.



Innanzitutto, quello connesso all'«assetto competitivo da dare dal mercato di riferimento», ove il servizio idrico sia strutturato in modo tale da essere dotato di rilevanza economica. La competenza in materia spetta senz'altro allo Stato in virtù dell'art. 117, secondo comma, lett. *e*), Cost.

In secondo luogo, quello inerente i «profili funzionali degli enti locali ad esso interessati»: tra tali profili questa stessa Corte ha indicato quello concernente la «separabilità tra gestione della rete ed erogazione del servizio idrico». Anche in questo caso, nel sistema accolto dalla sent. n. 307 del 2009, la competenza legislativa spetta inequivocabilmente allo Stato, in forza dell'art. 117, secondo comma, lett. *p*), Cost. (differente conclusione su questo punto dovrebbe essere raggiunta ove si ritenesse — come questa difesa considera corretto — che le «funzioni fondamentali» menzionate dalla citata disposizione costituzionale siano limitate a quelle in cui si esprimono la potestà statutaria, la potestà regolamentare e la potestà amministrativa a carattere «ordinamentale» concernente le funzioni essenziali che attengono alla vita stessa e al governo dell'ente).

In terzo luogo, deve essere menzionato l'aspetto concernente il «dato strutturale del servizio», evocato nel passo riportato della sent. n. 307 del 2009. Si tratta, evidentemente, proprio del profilo che in questa sede interessa, riguardante la strutturazione del servizio come avente o non avente rilevanza economica. Questo aspetto, come si è visto, è tenuto distinto dai due precedenti, e dunque non ricade né nell'ambito dell'art. 117, secondo comma, lett. *p*), né, tantomeno, in quello dell'art. 117, secondo comma, lett. *e*). Esso, dunque, non può che rientrare, secondo quanto evidenziato nelle pagine che precedono, nell'ambito assegnato dall'art. 117, sesto comma, Cost., alla potestà regolamentare locale.

5.6. — Le doglianze fin qui esposte, come si è messo in luce più sopra, si basano sull'assunto interpretativo secondo il quale le disposizioni normative impugnate — ed in particolar modo il comma 1-*ter* dell'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009 — impongano la configurazione del servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica, con conseguente applicazione necessaria dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, così come modificato dall'art. 15, comma 1, in questa sede in discussione.

La Regione ricorrente ritiene indispensabile portare all'attenzione di questa Corte la circostanza secondo la quale la menzionata interpretazione non è affatto necessitata in base al tenore testuale dalle disposizioni normative impugnate.

L'art. 15, comma 1, del d.l. n. 135 del 2009 è intitolato «Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica». Il suo comma 1 riformula la disciplina dettata dall'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 in relazione all'affidamento di questo tipo di servizi, nel senso illustrato nella parte in fatto del presente ricorso.

È altresì importante evidenziare che il menzionato art. 23-*bis* — intitolato a sua volta «Servizi pubblici locali di rilevanza economica» — delimita con chiarezza il proprio ambito di applicazione. Il suo comma 1, infatti, afferma che «le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica». Non può dunque sussistere alcuno dubbio circa l'esclusiva applicabilità a questa sola categoria di servizi pubblici locali delle disposizioni poste dall'art. 15, comma 1, del d.l. n. 135 del 2009.

Nel comma 1-*ter* di questo articolo — anch'esso impugnato con il presente ricorso — è invece possibile leggere quanto segue: «Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-*bis* del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio».

È evidente come tale testo sia del tutto compatibile con una sua interpretazione che non imponga in alcun modo la conformazione del servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica. Esso, infatti, può ben essere interpretato nel senso di imporre il «rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche», con conseguente governo pubblico delle medesime, esclusivamente nel caso in cui si scelga la forma del servizio a rilevanza economica con conseguente applicabilità dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, senza però imporre in alcun modo una opzione in questo senso.

In altre parole, le norme impugnate ben possono essere lette come volte a disciplinare, in forza dell'art. 117, secondo comma, lett. *e*), Cost., esclusivamente i caratteri di quei servizi che gli enti competenti abbiano scelto di organizzare in modo da conferirvi rilevanza economica, fermo restando che esse nulla dispongono circa il modo in cui deve essere necessariamente organizzato il servizio idrico integrato.

È evidente che — ove fossero interpretate in tal modo — le doglianze di incostituzionalità più sopra illustrate non avrebbero modo di porsi. La normativa oggetto del giudizio, infatti, risulterebbe assolutamente rispettosa dell'art. 117, sesto comma, Cost. — parametro invocato in questa specifica sede — in quanto non pregiudicherebbe in alcun modo



la spettanza alla potestà regolamentare locale della decisione fondamentale circa l'organizzazione del servizio idrico, ed in particolare quella della sua conformazione o meno come servizio a rilevanza economica.

A sostegno della percorribilità di una simile opzione interpretativa, oltre all'evidente conformità al parametro costituzionale in questa sede invocato, può essere considerato, inoltre, un argomento fondato sulla più recente evoluzione della stessa disciplina statale concernente la scelta delle forme di gestione e le relative procedure di affidamento del servizio idrico integrato.

Prima dell'avvento dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, la disciplina di riferimento era quella dettata dall'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, i cui primi tre commi così recitavano: «1. L'Autorità d'ambito, nel rispetto del piano d'ambito e del principio di unitarietà della gestione per ciascun ambito, delibera la forma di gestione fra quelle di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. 2. L'Autorità d'ambito aggiudica la gestione del servizio idrico integrato mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 secondo modalità e termini stabiliti con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio nel rispetto delle competenze regionali in materia. 3. La gestione può essere altresì affidata a società partecipate esclusivamente e direttamente da comuni o altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale, qualora ricorrano obiettive ragioni tecniche od economiche, secondo la previsione del comma 5, lettera *c*), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o a società solo parzialmente partecipate da tali enti, secondo la previsione del comma 5, lettera *b*), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, purché il socio privato sia stato scelto, prima dell'affidamento, con gara da espletarsi con le modalità di cui al comma 2».

In base a tali disposizioni, che rinviavano tutte — mediante rinvii precettivi — all'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, poteva senz'altro ritenersi che la legislazione statale — sia pure con le previsioni ben più generali di quelle oggi vigenti circa le forme di gestione dei servizi contenute nel suddetto articolo — imponesse alle Autorità d'ambito territorialmente competenti la conformazione del servizio idrico integrato necessariamente come «servizio pubblico a rilevanza economica».

Il successivo intervento dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, tuttavia, ha determinato l'abrogazione del menzionato art. 113 del t.u. degli enti locali, disponendo espressamente, al comma 11, che «L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo». Di conseguenza, non risultando in alcun modo compatibili le vecchie norme sulle forme di gestione e le modalità di affidamento dei servizi contenute nell'art. 113 del t.u. degli enti locali con le nuove norme contenute nel citato art. 23-*bis*, l'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, disponendo un rinvio recettivo a norme abrogate, risulta oggi del tutto svuotato del proprio contenuto normativo, di talché non è più possibile, allo stato della normativa vigente, desumere da esso quell'obbligo di conformazione del servizio idrico integrato come «servizio pubblico a rilevanza economica» che poteva accreditarsi in precedenza.

L'unica disciplina statale delle forme di gestione e delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali (e, dunque, anche del servizio idrico integrato) è attualmente quella contenuta nell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, così come modificato dalle norme qui censurate; e poiché tale disciplina, per quanto si è esposto nelle pagine che precedono, non potrebbe essere interpretata in difformità rispetto al riparto costituzionale delle competenze normative, essa dovrebbe correttamente essere riferita ai soli servizi cui l'autorità locale competente abbia scelto di conferire i caratteri della «rilevanza economica», escludendosi, per contro, che se ne possa in alcun modo ricavare un obbligo di conformare in tal senso il servizio idrico integrato.

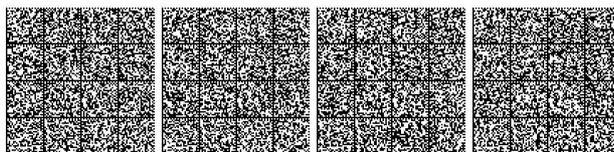
5.7. — A conclusione del presente motivo di ricorso, si ritengono opportune due precisazioni a carattere processuale.

La prima riguarda l'ammissibilità, nel giudizio in via principale, di questioni interpretative del tipo di quella qui proposta.

Tale possibilità, come è noto, deve senz'altro ritenersi esclusa nell'ambito del giudizio in via incidentale. Ma si ritiene ammissibile, ove le questioni interpretative siano proposte mediante ricorso nell'ambito del giudizio in via principale (*cf.*, ad es., la sent. n. 88 del 2007, par. 5 del *Considerato in diritto*).

La seconda precisazione riguarda invece la ammissibilità di censure, proposte mediante ricorso regionale avverso una legge statale, che invochino quale parametro norme costituzionali poste a presidio di competenze degli enti locali.

Anche su questo punto si può richiamare la giurisprudenza che riconosce la ammissibilità di simili censure, e la sussistenza «in via generale» in capo alle Regioni della legittimazione a sollevarle «perché la stretta connessione (...) tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali consente di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali» (sent. n. 95 del 2007, par. 3 del *Considerato in diritto*; nello stesso senso, si vedano anche le sentenze nn. 169 del 2007, par. 3 del *Considerato in diritto*, 417 del 2005, par. 3 del *Considerato in diritto*, 196 del 2004, par. 14 del *Considerato in diritto*).



Quella «stretta connessione» tra competenze regionali e locali, che, secondo l'orientamento citato, determina «in via generale» la sussistenza della legittimazione regionale, nel caso oggetto del presente ricorso è particolarmente evidente.

Il riconoscimento agli enti locali della competenza, *ex art.* 117, sesto comma, Cost., a decidere circa la conformazione del servizio idrico integrato come servizio avente o non avente rilevanza economica determina rispettivamente il contrarsi o il riespandersi dell'ambito di applicazione delle norme regionali adottate in materia di servizi pubblici locali. L'accoglimento della presente questione di costituzionalità, proposta nei confronti di una norma statale che intende compiere una opzione generalizzata nel primo senso, comporterebbe dunque non solo l'effetto della «restituzione» agli enti locali della possibilità di compiere la suddetta scelta, ma anche l'effetto della possibile «riespansione» degli ambiti suscettibili di essere disciplinati dalla legge regionale a seguito delle opzioni degli enti locali.

6. — Illegittimità costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009, per violazione dell'art. 117, quarto comma, Cost., il quale attribuisce alle Regioni la potestà legislativa residuale nella materia «servizi pubblici locali», con particolare riferimento alla disciplina dei profili di configurazione strutturale del servizio idrico integrato.

6.1. — Nelle pagine che precedono si è argomentata la tesi secondo la quale la configurazione strutturale del servizio idrico integrato — ed in particolar modo la sua conformazione come servizio avente, oppure non avente, rilevanza economica — deve essere ricondotta alla potestà regolamentare locale, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, Cost.

In via subordinata, ove non si accolga tale ricostruzione, la Regione ricorrente ritiene che la normativa indicata in epigrafe debba comunque essere dichiarata costituzionalmente illegittima, perché posta in assenza di un titolo di intervento legislativo statale. Ciò in quanto la competenza sulla configurazione strutturale del servizio idrico integrato, e la sua conformazione come servizio avente o non avente rilevanza economica, ricade nell'ambito della competenza residuale regionale in relazione alla materia «servizi pubblici locali».

6.2. — La giurisprudenza di questa Corte, ormai da tempo, ha affermato, al di là di ogni dubbio, che il legislatore competente in via generale nella materia dei «servizi pubblici locali» è il legislatore regionale, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost. Al riguardo è possibile richiamare le già citate sentenze nn. 272 del 2004, 29 del 2006, 38 del 2007 e 307 del 2009.

Questa difesa è consapevole della circostanza secondo la quale una altrettanto consolidata giurisprudenza costituzionale afferma la spettanza alla competenza esclusiva dello Stato, *ex art.* 117, secondo comma, lett. e), Cost., della regolamentazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, limitatamente agli aspetti necessari a garantire la tutela della concorrenza nei settori di pertinenza dei medesimi. Ciò non vale, però, a far ritenere fondata sulla menzionata norma costituzionale la disciplina contestata con il presente ricorso. Ciò in quanto l'imposizione di vincoli proconcorrenziali all'affidamento, all'organizzazione ed alla gestione di servizi pubblici presuppone la decisione circa la conformazione dei medesimi servizi nel senso di conferire loro quella «rilevanza economica» che rende applicabile la normativa statale adottata in base all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

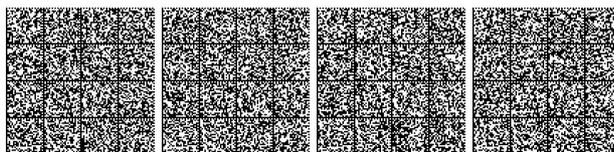
Viceversa, come già evidenziato, la qualificazione di un servizio come avente o non avente rilevanza economica dipende dalle caratteristiche che si intendano conferire al modo in cui esso è organizzato e gestito, in particolare all'esistenza o meno di uno scopo precipuamente lucrativo, alla assunzione o meno del rischio economico connesso alla specifica attività, nonché alla presenza o meno di eventuali finanziamenti pubblici (T.A.R. Lazio, Roma, II, 6 maggio 2005, n. 3397). Solo «a valle» di questa scelta — ove si optasse per la conformazione del servizio come «servizio a rilevanza economica» — assumeranno rilievo le norme legittimamente dettate dallo Stato a tutela della concorrenza.

In sintesi, non può che concludersi che — ove non si ritenga che la decisione circa la conformazione come servizio avente o non avente rilevanza economica del servizio idrico integrato appartenga alla potestà regolamentare locale — la medesima decisione ricade necessariamente nell'ambito della potestà legislativa regionale residuale in materia di «servizi pubblici locali» *ex art.* 117, quarto comma, Cost.

6.3. — Contro tale conclusione non può neanche affermarsi la sussistenza della competenza statale a dettare le norme in questa sede impugnate sulla base dell'art. 117, secondo comma, lett. p), Cost., in materia di «funzioni fondamentali» dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane.

Anche in questo caso occorre fare riferimento ad argomenti già esposti (si veda, in part., il punto 5.5).

Deve innanzi tutto essere contestata la possibilità di intendere la competenza *ex art.* 117, secondo comma, lett. p), Cost., in modo tale da ritenerla estesa anche a funzioni «amministrativo-gestionali», o comunque, più in generale, a funzioni volte alla cura concreta di interessi. Le «funzioni fondamentali» di cui alla menzionata disposizione costituzionale, viceversa, devono ritenersi limitate a quelle in cui si esprimono la potestà statutaria, la potestà regolamentare e



la potestà amministrativa a carattere «ordinamentale» concernente le funzioni essenziali che attengono alla vita stessa e al governo dell'ente.

In tal senso milita, oltre all'argomento «topografico», che vede tali funzioni accomunate agli «organi di governo» ed alla «legislazione elettorale», la considerazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza di cui all'art. 118, primo comma, Cost.

Infatti, posto che il legislatore statale, nell'allocare le funzioni fondamentali, dovrebbe comunque rispettare il principio di sussidiarietà, non si vede quale diversa allocazione potrebbe dare rispetto a quella ipoteticamente impressa dal legislatore regionale, vincolato anch'esso al rispetto dei medesimi principi. Né è possibile sostenere l'esistenza di esigenze unitarie in favore di una allocazione uniforme su tutto il territorio nazionale, posto che in senso opposto depone proprio il principio di differenziazione sopra menzionato.

Infine, non è possibile sostenere che le esigenze unitarie a sostegno dell'interpretazione della nozione di «funzioni fondamentali» che qui si contesta siano di carattere sostanziale, poiché, ove lo Stato intenda garantire il rispetto di determinati standard nella prestazione di servizi pubblici di particolare importanza, esso ha a disposizione il titolo di intervento di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *m*), Cost., per assicurare l'effettività del quale può far ricorso anche allo strumento del potere sostitutivo straordinario di cui all'art. 120, secondo comma, Cost.

6.4. — Anche sotto questo profilo, la ricorrente tiene conto della sentenza n. 307 del 2009 di questa Corte, nella quale si è ritenuto che «le competenze comunali in ordine al servizio (...) devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina è stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117» (par. 5.2 del *Considerato in diritto*). La Regione ricorrente ritiene, peraltro, che — anche ove questa Corte non intendesse discostarsi da tale precedente — sussisterebbero ugualmente valide ragioni per escludere che la decisione circa la conformazione del servizio idrico integrato come servizio pubblico locale a rilevanza economica, ovvero come servizio pubblico locale privo di tale rilevanza possa essere assunta dallo Stato in forza della sua competenza in materia di «funzioni fondamentali» di Comuni, Province e Città metropolitane.

Nella medesima sent. n. 307 del 2009, infatti, si afferma — implicitamente ma chiaramente — che i profili del servizio idrico integrato rilevanti ai fini del riparto della competenza normativa nell'ambito delle «funzioni fondamentali» degli enti locali sono sostanzialmente tre (*cf.* il par. 6.1 del *Considerato in diritto*).

Il primo è quello connesso all'«assetto competitivo da dare dal mercato di riferimento», ove il servizio idrico sia strutturato in modo tale da essere dotato di rilevanza economica. La competenza in materia spetta senz'altro allo Stato in virtù dell'art. 117, secondo comma, lett. *e*), Cost.

Il secondo è quello inerente i «profili funzionali degli enti locali ad esso interessati»: tra tali profili questa stessa Corte ha indicato quello concernente la «separabilità tra gestione della rete ed erogazione del servizio idrico». Anche in questo caso, nel sistema accolto dalla sent. n. 307 del 2009, la competenza legislativa spetta inequivocabilmente allo Stato, in forza dell'art. 117, secondo comma, lett. *p*), Cost. Come si è visto in precedenza, differente conclusione su questo punto dovrebbe essere raggiunta ove si ritenesse — come questa difesa considera corretto — che le «funzioni fondamentali» menzionate dalla citata disposizione costituzionale siano limitate a quelle in cui si esprimono la potestà statutaria, la potestà regolamentare e la potestà amministrativa a carattere «ordinamentale» concernente le funzioni essenziali che attengono alla vita stessa e al governo dell'ente.

Il terzo è quello concernente il «dato strutturale del servizio», evocato dalla sent. n. 307 del 2009 al citato punto 6.1 del *Considerato in diritto*. Si tratta, evidentemente, proprio del profilo che in questa sede interessa, riguardante la strutturazione del servizio come avente o non avente rilevanza economica. Questo aspetto, come si è visto, è tenuto distinto dai due precedenti e dunque non ricade né nell'ambito dell'art. 117, secondo comma, lett. *p*), né, tantomeno, in quello dell'art. 117, secondo comma, lett. *e*). Esso, pertanto, non può che rientrare nell'ambito assegnato dall'art. 117, quarto comma, Cost., alla potestà legislativa residuale regionale in materia di «servizi pubblici locali».

7. — Illegittimità costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e 1-*ter*, del d.l. n. 135 del 2009, per violazione dell'art. 117, comma 4, Cost., il quale attribuisce alle Regioni la potestà legislativa residuale nella materia «servizi pubblici locali».

7.1. — Le disposizioni censurate, nella parte in cui modificano la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di cui all'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 (così come convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008), sono espressamente rivolte anche al servizio idrico integrato, il quale rientra pacificamente tra i servizi pubblici locali.

Questa disciplina statale, per giurisprudenza costituzionale ormai consolidata, può trovare il proprio titolo di legittimazione nella potestà legislativa dello Stato in materia di «tutela della concorrenza», la quale, però, in base alla medesima giurisprudenza, è subordinata al rispetto di limiti rigorosi in relazione al grado di pervasività, all'adeguatezza



e alla proporzionalità delle misure. Secondo quanto affermato nella sent. n. 272 del 2004, sempre confermata dalle pronunce successive, la potestà legislativa statale in materia di tutela della concorrenza «è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" e «solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali»; con la conseguenza che non sono censurabili, in riferimento ai servizi pubblici aventi rilevanza economica, solo ed esclusivamente tutte quelle norme statali «che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti — come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi — i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali».

«Il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza appare quindi essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla «tutela della concorrenza» conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, «trasversale» (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi — alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni — connessi allo sviluppo economico produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adeguatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato» (par. 3 del *Considerato in diritto*).

Le disposizioni legislative in questione, nella parte in cui impongono, per la gestione del servizio idrico integrato, l'adozione «in via ordinaria» delle sole modalità di affidamento di cui al nuovo comma 2 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 1998 (così come convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008), ammettendo esclusivamente «per situazioni eccezionali» l'adozione del c.d. «in house providing» e sottoponendo tale scelta a vincoli sia sostanziali (allorché «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato») che procedurali (l'onere di «trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione»), violano quei limiti di «adeguatezza» e «proporzionalità» che debbono caratterizzare l'esercizio della competenza legislativa statale sulla «tutela della concorrenza», con conseguente illegittima compromissione della potestà legislativa regionale in materia di «servizi pubblici locali».

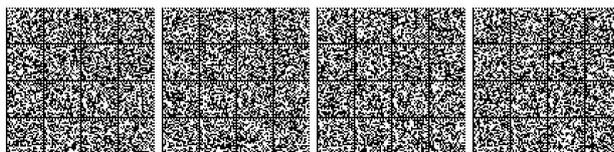
7.2. — Da quanto precede emerge chiaramente che — per consolidata giurisprudenza costituzionale — il parametro alla cui stregua valutare la legittimità costituzionale di un intervento statale diretto alla «tutela della concorrenza», che qui specificamente interessa, è quello che afferma che possono superare lo scrutinio di costituzionalità in relazione a questa norma costituzionale solo le disposizioni le quali siano effettivamente adeguate rispetto al fine perseguito e — soprattutto — proporzionate rispetto ad esso, nel senso che devono rappresentare il modo di raggiungere lo specifico obiettivo di tutela della concorrenza individuato dalla legge statale meno invasivo per l'autonomia regionale. Ciò è evidentemente basato sul rilievo, esplicitato anche dalla citata sent. n. 272 del 2004, della circostanza secondo la quale la potestà legislativa statale in materia di «tutela della concorrenza» si svolge in un ambito altrimenti affidato alla legislazione regionale residuale, di talché — per essere conforme a Costituzione — deve risultare quanto più contenuta possibile nell'imporre limiti e vincoli al legislatore regionale (in questo senso si è espressa anche la sent. n. 452 del 2007, par. 4 del *Considerato in diritto*, laddove ha affermato «che le materie di competenza esclusiva e nel contempo "trasversali" dello Stato, come quella concernente la tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, possono intersecare qualsivoglia titolo di competenza legislativa regionale, seppur nei limiti strettamente necessari per assicurare gli interessi cui esse sono preposte»).

In sintesi, per valutare se la normativa statale superi o meno il test di proporzionalità, sarà necessario chiedersi se esiste la possibilità di una regolazione diversa e meno invasiva per l'autonomia regionale, la quale raggiunga i medesimi scopi di tutela della concorrenza perseguiti con la disciplina oggetto del giudizio.

7.3. — Nel caso di specie, è agevole rendersi conto che la normativa impugnata non rispetta il parametro della «proporzionalità» della disciplina. Sul punto è possibile osservare quanto segue.

L'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, prevede la possibilità di far ricorso al c.d. «affidamento in house» soltanto in presenza di specifiche condizioni analiticamente determinate dalla medesima disposizione e con assolvimento di specifici oneri procedurali.

La Regione ricorrente non intende sostenere che lo standard di tutela della concorrenza, in riferimento ai servizi pubblici a rilevanza economica, sarebbe ugualmente tutelato ove la scelta a favore dell'«in house providing» fosse del tutto libera per l'ente locale. Ciò che si intende dimostrare, invece, è che lo standard di tutela garantito dalla presente



normativa sarebbe ugualmente garantito da una disciplina meno invasiva delle competenze regionali, che non contenga una specifica indicazione delle condizioni che giustificano l'affidamento «in house».

È ben noto, infatti, che la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che «gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene» (sent. 6 aprile 2006, in causa C-410/04, par. 33). In conseguenza, «non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne (v., in questo senso, sentenza Stadt Halle et RPL Lochau, cit., punto 48)». (sent. in causa C-458/03, Parking Brixen, par. 61).

È vero che la menzionata giurisprudenza comunitaria ha precisato anche che la scelta orientata nel senso dell'«in house providing» non può considerarsi del tutto libera, potendosi piuttosto percorrere solo quando sussistano delle condizioni che la giustificano in concreto (sent. in causa C-458/03, Parking Brixen, par. 63; sent. 6 aprile 2006, in causa C-410/04, par. 26). È altrettanto vero, però, che la medesima giurisprudenza ha ritenuto non contrastante con il diritto comunitario, e con l'esigenza di tutelare la concorrenza, la disciplina nazionale italiana previgente rispetto a quella oggi in discussione, la quale non individuava specificamente le ipotesi e i casi in cui si doveva eccezionalmente ritenere ammissibile il ricorso all'affidamento «in house» (sent. 6 aprile 2006, in causa C-410/04).

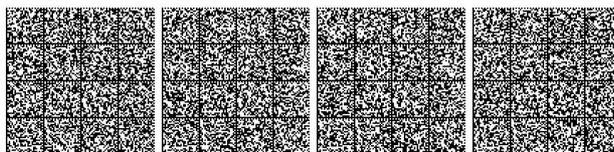
Da questa premessa è agevole desumere la conseguenza, nel senso più sopra indicato. La disciplina previgente, che non conteneva le indicazioni suddette, era assolutamente in grado di tutelare adeguatamente la concorrenza, arrecando però un *vulnus* di minore entità alla potestà legislativa regionale residuale. Nel caso delle norme impugnate, dunque, non può ritenersi affatto sperato il test di proporzionalità richiesto dalla giurisprudenza di questa Corte per la legittimità costituzionale delle norme legislative statali poste a tutela della concorrenza.

Tale conclusione è avvalorata anche da un concorrente argomento, offerto dalla stessa normativa impugnata. L'art. 15, comma 1, oggetto del presente giudizio, nel sostituire (alla lett. *d*) il comma 8 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, prevede la cessazione «automatica» delle «gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta “in house”».

Questa disposizione mostra con chiarezza che la disciplina statale qui contestata va ben oltre, nel comprimere le possibilità a disposizione del legislatore regionale e degli enti locali, di quanto richiesto dalla tutela della concorrenza. Come si ricordava più sopra, il diritto comunitario non consente che gli enti locali dispongano *ad libitum* l'affidamento «in house», viceversa, esige che a questo strumento possano far ricorso solo in peculiari circostanze. La normativa statale, invece, disciplinando più analiticamente questa eventualità, esclude la legittimità della scelta dell'in house providing in situazioni compatibili con la tutela della concorrenza, in quanto conformi al diritto comunitario.

È dunque chiaro che la normativa impugnata con il presente ricorso, ponendo in essere precetti non necessari al fine di garantire la tutela della concorrenza, non supera il test di proporzionalità e deve essere, dunque, dichiarata costituzionalmente illegittima.

7.4. — L'art. 15, comma 1, del d.l. n. 135 del 2009, viola i parametri di «generalità» e «proporzionalità» sopra illustrati anche nella parte in cui, sostituendo il comma 8 dell'art. 23-*bis* del d.lgs. n. 112 del 2008, prevede quanto segue: «*a*) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta «in house» cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera *b*) del comma 2; *b*) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera *a*) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011; *c*) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera *a*) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio; *d*) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressiva-



mente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015; e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante».

È infatti del tutto evidente che, come nella sent. n. 272 del 2004 questa Corte ha ritenuto di dover dichiarare l'incostituzionalità di parte della normativa allora oggetto del giudizio a causa dell'«estremo dettaglio nella indicazione dei criteri» di affidamento che la caratterizzava (par. 3 del *Considerato in diritto*), allo stesso modo deve concludersi nella presente circostanza, visto l'«estremo dettaglio» nella indicazione dei tempi e delle modalità di cessazione delle presenti gestioni pure conformi alla disciplina in house posta dal diritto comunitario.

Anche il parametro di «proporzionalità» risulta violato dalla disciplina transitoria appena citata.

Il fine da essa perseguito è evidentemente quello di garantire effettività e tempestività all'entrata a regime della nuova normativa introdotta. Per raggiungere questo fine, tuttavia, non era affatto necessario comprimere i poteri decisionali delle Regioni e degli enti locali nel modo in cui li comprime l'art. 15 del d.l. n. 135 del 2008. Sarebbe risultata più che sufficiente, infatti, una normativa che prevedesse uno spettro di date entro il quale le singole Regioni potessero compiere le proprie scelte, ovvero un meccanismo di adeguamento progressivo ai nuovi standard. In sintesi, anche in questo caso, la pervasività della normativa statale impugnata non era affatto necessaria a garantire lo standard di tutela della concorrenza perseguito. Di conseguenza, il test di proporzionalità non è superato, e la disciplina in questione deve considerarsi costituzionalmente illegittima, ovviamente sempre per la sola parte in cui essa si applica al servizio idrico integrato come da delibera autorizzativa all'impugnazione adottata dalla Giunta regionale della Regione Marche.

7.5. — Anche in relazione alla censura proposta nel presente motivo, occorre fare riferimento all'ipotesi di un'interpretazione secondo Costituzione delle disposizioni impuginate (v. precedente paragrafo 5.6).

La Regione ricorrente, con la presente censura, intende infatti porre in rilievo che — anche ove le precedenti questioni fossero ritenute infondate — i commi 1 e 1-ter dell'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, sarebbero da considerare costituzionalmente illegittimi in quanto, regolando il servizio idrico integrato, ed imponendo una strutturazione del medesimo come servizio necessariamente a rilevanza economica, costituirebbero una normativa giustificabile esclusivamente in base al titolo competenziale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., ma come tale esorbitante rispetto ai limiti che questa disposizione costituzionale pone alla legge statale ogni qualvolta essa intervenga in materie regionali.

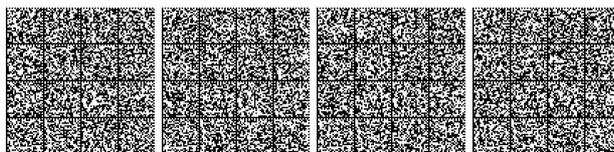
La presente censura (a differenza dei precedenti motivi) sarebbe quindi ammissibile anche ove questa Corte ritenesse di aderire all'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni impuginate (nel senso che l'art. 15, comma 1-ter, lascerebbe del tutto impregiudicata la questione della conformazione del servizio idrico integrato quale servizio avente o non avente rilevanza economica). Infatti, nel caso in cui si ritenesse di accogliere la suddetta interpretazione restrittiva della normativa impugnata, le norme oggetto della presente questione di legittimità costituzionale disciplinerebbero comunque nel dettaglio, e ben oltre i limiti che pone l'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., l'affidamento del servizio idrico integrato che fosse stato conformato — dalla potestà regolamentare locale, ovvero dalla legislazione regionale — in modo tale da far assumere al medesimo rilevanza economica.

In altre parole, l'interpretazione secondo la quale le norme impuginate non pregiudicano la spettanza locale (o regionale) della conformazione del servizio quale avente o non avente rilevanza economica, se determina la conseguenza di far cadere le prime due questioni di legittimità costituzionale proposte dalla Regione ricorrente, non ha il medesimo effetto su questa terza questione. In ogni caso, infatti, la disciplina qui contestata è troppo pervasiva, inadeguata e sproporzionata rispetto ai limiti posti dalla Costituzione al titolo di intervento statale «tutela della concorrenza», e per questa ragione, conformemente agli orientamenti già espressi da questa Corte, deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima.

8. — Illegittimità costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009, per violazione dell'art. 119, comma 6, Cost., il quale prevede che «i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato».

8.1. — L'art. 119, sesto comma, della Costituzione stabilisce espressamente, nella sua prima proposizione, che «i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato».

Tale disposizione contiene due norme distinte: la prima, che «impone» la dotazione di un determinato patrimonio («proprio») in capo ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni e che, pertanto, da questo punto di vista, costituisce il fondamento costituzionale esplicito della proprietà pubblica degli enti locali territoriali



e delle Regioni; la seconda, che stabilisce — quale unico limite della suddetta dotazione patrimoniale — che la sola «attribuzione» dei relativi beni debba avvenire sulla base di «principi generali» fissati dal legislatore statale, con ciò individuando a favore della legge dello Stato uno specifico ed ulteriore titolo competenziale rispetto a quelli previsti nell'art. 117, secondo e terzo comma, Cost.

Da queste norme si ricavano con certezza le seguenti implicazioni:

a) che la proprietà pubblica regionale e locale ha uno specifico fondamento costituzionale e, pertanto, partecipa a pieno titolo alla definizione delle sfere di autonomia costituzionalmente garantita dei rispettivi enti, risultando «imposto» al legislatore statale l'obbligo di prevedere l'attribuzione a tali enti di un proprio patrimonio;

b) che una volta avvenuta l'attribuzione del patrimonio alla proprietà delle Regioni e degli enti locali territoriali, secondo i principi generali fissati dalla legge dello Stato, tale proprietà pubblica deve considerarsi naturalmente assoggettata al regime giuridico del demanio e del patrimonio indisponibile o disponibile sulla base delle ordinarie norme del codice civile (in specie, degli artt. 823, 824, 826, 828 e 829);

c) che al legislatore statale la Costituzione riconosce titoli di legittimazione per la sola disciplina dei «principi generali» per l'attribuzione di tali beni e per il relativo regime giuridico, riconducibile alla materia «ordinamento civile», nel quale è senza dubbio ricompresa la regolazione dei limiti e delle modalità di alienazione dei suddetti beni nelle forme negoziali, ma non certo il potere di disciplinare la sottrazione dei medesimi al patrimonio delle autonomie territoriali.

Nel quadro normativo costituzionale appena illustrato, devono essere considerate le norme contenute nel d.lgs. n. 152 del 2006, le quali individuano il regime proprietario delle risorse e delle infrastrutture idriche.

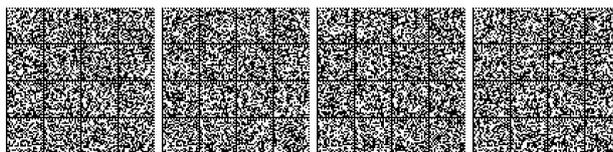
Si tratta, in particolare, degli artt. 143 e 144 del citato d.lgs. In base al comma 1 di quest'ultima disposizione (rubricata «Tutela e uso delle risorse idriche»), «tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato». In base al comma 1 dell'art. 143 (rubricato «Proprietà delle infrastrutture»), «gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del codice civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». Da tali proposizioni normative si deduce, in termini inequivoci, che mentre tutte le risorse idriche debbono considerarsi di proprietà dello Stato e facenti parte del demanio statale necessario di cui al comma 1 dell'art. 822 del codice civile, le infrastrutture idriche possono essere di proprietà pubblica di tutti gli enti territoriali e, qualora lo siano in concreto, appartengono al demanio eventuale dello Stato, delle Regioni o degli enti locali ai sensi degli artt. 822, comma 2, e 824, comma 1, del codice civile, risultando perciò assoggettati al regime giuridico stabilito dall'art. 823 anche per quanto concerne la loro tutela.

A queste norme debbono poi essere aggiunte anche quelle contenute nell'art. 153, comma 1, e nell'art. 151, comma 2, lett. m), del d.lgs. n. 152 del 2006. La prima disposizione stabilisce che «le infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali ai sensi dell'articolo 143 sono affidate in concessione d'uso gratuita, per tutta la durata della gestione, al gestore del servizio idrico integrato, il quale ne assume i relativi oneri nei termini previsti dalla convenzione e dal relativo disciplinare», con ciò sancendo la natura di «concessione traslativa a titolo gratuito» del titolo giuridico in base al quale l'uso dei beni in questione, di proprietà degli enti locali, deve necessariamente essere «trasferito» al soggetto che assume la gestione del servizio. La seconda disposizione completa il quadro, prevedendo «l'obbligo di restituzione, alla scadenza dell'affidamento, delle opere, degli impianti e delle canalizzazioni del servizio idrico integrato in condizioni di efficienza ed in buono stato di conservazione».

8.2. — Le norme qui censurate e, in particolare, l'art. 15, comma 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009 (così come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 166 del 2009), si limitano a prevedere il «rispetto» del «principio» «di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche», senza assicurare in alcun modo la salvaguardia, né sotto il profilo formale né sotto il profilo sostanziale, della proprietà pubblica delle «infrastrutture idriche», le quali — come risulta testualmente dal citato art. 143, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006 — ben possono essere di proprietà delle Regioni e degli enti locali ed essere, per ciò stesso, assoggettate al regime del demanio regionale o locale che l'art. 119, comma 6, Cost. riconosce e garantisce anche (e soprattutto) — come si è detto — nei confronti dello stesso legislatore statale.

Ciò dà luogo a due distinte ed autonome questioni di legittimità costituzionale.

8.2.1. — Da un primo punto di vista, seguendo l'opzione interpretativa su cui si sono costruite le censure di cui ai precedenti parr. 5 e 6, è del tutto evidente che la normativa impugnata, imponendo agli enti locali di conformare necessariamente il servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica e, su questa base, rendendone obbligatorio l'affidamento della relativa gestione (infrastrutture comprese) a soggetti privati, ponendo altresì una clausola di salvaguardia a tutela della «piena ed esclusiva proprietà pubblica» a favore delle sole risorse idriche appartenenti al demanio statale, determina il sostanziale «svuotamento» della proprietà pubblica dei beni appartenenti al demanio



idrico regionale e locale, beni che risulteranno, per espresso disposto del richiamato art. 153, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, necessariamente e *ope legis* «affidati in concessione d'uso gratuita» al gestore privato del servizio idrico integrato, in palese violazione di quanto disposto dall'art. 119, comma 6, Cost. E la conferma della correttezza di una simile lettura del dato normativo è rappresentata proprio dalla menzionata clausola di salvaguardia della proprietà pubblica delle risorse idriche che il legislatore statale ha avvertito la necessità di introdurre e che, ovviamente, risulterebbe del tutto inutile qualora la disciplina impugnata non implicasse quella sostanziale «espropriazione» a favore dei privati dei beni appartenenti al demanio idrico.

Da tutto ciò consegue, anche sotto il profilo della violazione dell'art. 119, comma 6, Cost., l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1-*ter*, del d.l. n. 135 del 2009 (così come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 166 del 2009), nella parte in cui esso impone di conformare necessariamente il servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica, rendendo obbligatoria la scelta di una delle forme di gestione di cui all'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008.

8.2.2. — La disposizione qui censurata, peraltro, si rivela in contrasto con l'art. 119, comma 6, Cost. anche da un secondo punto di vista. Infatti, anche a voler accedere a quell'interpretazione costituzionalmente orientata secondo la quale la disciplina in esame non imporrebbe affatto di conformare il servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica (con i relativi vincoli in ordine alle modalità di gestione e al necessario affidamento a soggetti privati), la violazione della evocata norma costituzionale — posta a garanzia del patrimonio delle Regioni e degli enti locali territoriali — risulterebbe evidente per la mancata previsione di una specifica clausola di salvaguardia a favore della proprietà pubblica delle infrastrutture idriche di cui le Regioni e gli enti locali siano in concreto titolari; clausola che, per essere effettiva e corrispondere alla norma costituzionale, non potrebbe limitarsi a fare salvo il solo profilo della titolarità «formale» del bene, dovendo bensì consistere nella previsione della necessità del consenso esplicito, da parte dell'ente titolare della proprietà delle infrastrutture interessate dal servizio idrico integrato, rispetto alla scelta concernente l'eventuale conformazione del servizio come servizio a rilevanza economica e il conseguente suo affidamento a soggetti privati.

Da tutto ciò consegue l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1-*ter*, del d.l. n. 135 del 2009 (così come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 166 del 2009), anche nella parte in cui si limita a prevedere il «rispetto» del «principio» «di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche», senza garantire, altresì, la salvaguardia della proprietà pubblica regionale e locale delle «infrastrutture idriche», così come individuate nell'art. 143, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, attraverso la previsione della necessità del consenso esplicito, da parte dell'ente titolare della proprietà delle infrastrutture interessate dal servizio idrico integrato, rispetto alla scelta concernente l'eventuale conformazione del servizio come servizio a rilevanza economica e il conseguente suo affidamento a soggetti privati.

9. — Illegittimità costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e 1-*ter*, del d.l. n. 135 del 2009, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., il quale prevede che la potestà legislativa sia esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario».

9.1. — L'articolo 15, commi 1 e 1-*ter*, del d.l. n. 135 del 2009, nella misura in cui impone la conformazione del servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica, con la conseguente applicazione dei principi del mercato interno e delle norme nazionali che attuano questi principi, è inoltre incostituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., poiché esso determina la violazione di quelle peculiari norme poste dal diritto comunitario in relazione ai servizi di interesse generale.

Al riguardo, devono essere evocati, innanzi tutto, gli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (già artt. 16 e 86 del Trattato *CE*).

Secondo la prima di queste due disposizioni, «fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti».

La seconda, invece, al par. 2, dispone quanto segue: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione». Da quanto precede risulta con chiarezza che, per perseguire gli obiettivi di coesione e solidarietà sociali, fatti propri anche dall'Unione europea, il diritto di questo ordinamento esclude che ai servizi di



interesse generale debbano senz'altro applicarsi le norme del mercato interno. Viceversa, del tutto prioritario rispetto alla applicazione delle norme del mercato interno, è che i servizi di interesse generale siano effettuati in modo tale da raggiungere i risultati che con i medesimi ci si prefigge.

In particolare, l'art. 106 sopra citato evidenzia poi come le circostanze che determinano la possibilità che le norme pro concorrenziali del mercato interno pregiudichino il raggiungimento degli obiettivi di coesione sociale sottostanti al servizio di interesse generale possono essere sia di diritto, che di fatto: ciò mette bene in luce la assoluta predominanza, da un punto di vista assiologico, che nella materia considerata hanno gli obiettivi di coesione sociale sottostanti ai servizi di interesse generale: quali che siano le cause che impediscono al sistema concorrenziale di mercato di raggiungere in modo soddisfacente e generalizzato questi obiettivi, siano esse di diritto o di fatto, non devono essere applicate le norme del mercato interno a questi servizi.

La eccezionalità del trattamento giuridico dei servizi di interesse generale è confermata anche dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni — Libro bianco sui servizi di interesse generale — COM (2004) 374.

In questo documento, infatti, si evidenzia che «i servizi di interesse economico generale non sono soggetti alla applicazione delle norme del Trattato nella misura in cui ciò risulti necessario per consentire di adempiere il loro compito di interesse generale», il quale dunque «prevale (...) sull'applicazione delle norme del Trattato».

9.2. — Il servizio idrico integrato del quale in questa sede si discute è senz'altro annoverabile tra i servizi di interesse generale. A questa conclusione si giunge agevolmente ove si consideri, tra l'altro, la essenzialità di questo servizio per la stessa vita umana, e la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 marzo 2006, che dichiara l'acqua «bene comune dell'umanità». Del resto, ciò risulta esplicitamente dal già citato Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale, nel quale, al par. 3.4, si menziona esplicitamente il servizio idrico tra i servizi di interesse generale.

9.3. — È del tutto evidente che la disciplina in questa sede impugnata contrasta con le norme del diritto comunitario sopra richiamate, e dunque con l'art. 117, primo comma, Cost.

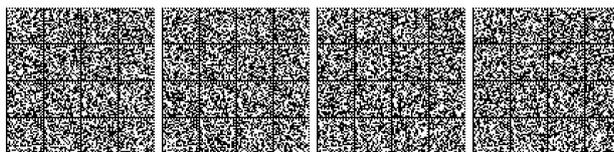
Ovviamente la Regione ricorrente non sostiene che, senz'altro, il servizio idrico integrato debba essere svolto in forme che prescindono dalle norme pro concorrenziali del mercato interno. In determinate circostanze, sarà ben possibile che gli obiettivi di coesione sociale connessi al medesimo siano efficacemente raggiunti anche in un sistema imperniato su tali norme. Ciò che nel presente ricorso si contesta, invece, è che le norme impuginate, conformando il servizio idrico come servizio necessariamente a rilevanza economica, abbiano imposto la applicazione delle regole del mercato interno in via generale per tutto il territorio nazionale, prescindendo del tutto dalle diverse condizioni e circostanze che nelle diverse realtà possono ravvisarsi.

Particolare rilievo assume, da questo punto di vista, l'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il quale — come si è già avuto modo di evidenziare — afferma che le ragioni che determinano il «fallimento del mercato» possono essere anche di carattere fattuale. È del tutto ovvio che queste ragioni, di carattere fattuale, possono sussistere in alcune zone e non in altre. Ciò che risulta precluso dal diritto comunitario, dunque, non è la scelta di un determinato modello per la conformazione dei servizi di interesse generale, ma la adozione di decisioni generalizzate che non siano in grado di tenere conto delle peculiarità in cui i servizi devono essere svolti. Ciò risulta anche dal richiamato Libro bianco della Commissione europea sui servizi di interesse generale, ove, al par. 4.3 si afferma che «le autorità pubbliche competenti degli Stati membri sono sostanzialmente libere di decidere se fornire in prima persona un servizio di interesse generale o se affidare tale compito ad un altro ente (pubblico o privato)».

Questo approccio sostiene anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 marzo 2006, la quale ritiene che la gestione delle risorse idriche debba basarsi «su un'impostazione partecipativa e integrata che coinvolga gli utenti e i responsabili decisionali nella definizione delle politiche in materia di acqua a livello locale e in modo democratico», evidenziando anche come il ruolo fondamentale in relazione alla gestione delle risorse idriche debba riconoscersi alle autorità locali.

In sintesi, la normativa impugnata con il presente ricorso viola i richiamati principi comunitari, e dunque l'art. 117, primo comma, Cost., perché costituisce una decisione generalizzata e vincolante circa la conformazione del servizio idrico integrato nel senso della sua soggezione alle norme del mercato interno, impedendo in tal modo che la scelta su tale ultimo punto sia effettivamente adeguata alle circostanze di diritto, ma soprattutto di fatto, che caratterizzano le diverse realtà in cui il servizio è chiamato ad esplicarsi e non consentendo, quindi, di raggiungere i fini di coesione sociale ad esso sottesi.

Può inoltre essere evidenziato come la tendenza che matura nel contesto delle istituzioni comunitarie sia esattamente opposta rispetto all'indirizzo del legislatore italiano. A questo riguardo, è assolutamente significativa la Risoluzione dell'11 marzo 2004 del Parlamento europeo, la quale afferma che «essendo l'acqua un bene comune dell'umanità, la gestione delle risorse idriche non deve essere assoggettata alle norme del mercato interno». Se dunque nel diritto



comunitario vigente esiste inequivocabilmente il principio che subordina l'applicazione delle norme del mercato interno alla compatibilità, da valutare caso per caso anche in relazione alle circostanze di fatto, con il raggiungimento dei fini di coesione sociale, la linea che emerge dall'atto appena citato approfondisce questa logica, sostenendo addirittura il divieto dell'applicazione delle norme del mercato interno.

In base alle sopra esposte argomentazioni, la Regione ricorrente ritiene che debba essere riconosciuta, anche eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE al fine di acquisire l'interpretazione autentica del diritto comunitario vigente, l'illegittimità costituzionale, sotto il profilo della violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., di una normativa statale che limiti (fino sostanzialmente ad azzerarlo) il potere di scelta degli enti più vicini ai cittadini circa la modalità di gestione del servizio idrico integrato costituita dal c.d. «in house providing» e che, comunque, sottragga a tali enti — avocandola, una volta per tutte, allo Stato — la decisione circa la conformazione del suddetto servizio, configurandolo necessariamente come attività a rilevanza economica ed imponendo, dunque, la applicazione delle norme pro concorrenziali del mercato interno.

È peraltro evidente che tale questione di legittimità costituzionale risulterebbe svuotata del suo significato ove questa Corte si risolvesse ad interpretare le disposizioni impugnate nel senso di ritenerle applicabili soltanto nel caso in cui sia stata compiuta l'opzione (affidata alla libera determinazione degli enti titolari dell'erogazione del servizio idrico integrato) a favore della conformazione del servizio come servizio a rilevanza economica, senza pregiudicare dunque tale scelta, secondo quanto ipotizzato nel presente ricorso (par. 5.6).

P.Q.M.

La Regione Marche chiede, in accoglimento del presente ricorso, che sia dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e 1-ter, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee), così come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 20 novembre 2009, n. 166, nella parte in cui le citate disposizioni si applicano al servizio idrico integrato, nei termini sopra esposti.

Roma, addì 20 gennaio 2010

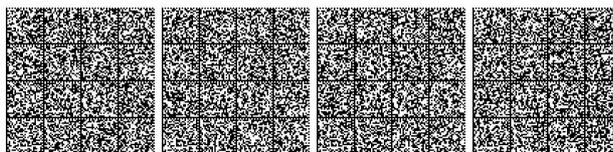
Avv. Grassi

10C0149

N. 16

*Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 29 gennaio 2010
(della Regione Piemonte)*

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Applicazione necessaria della disciplina anche al servizio idrico integrato - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, indebita limitazione della autonomia regionale e degli enti locali in materia di organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali, indebita previsione di disciplina puntuale e dettagliata, indebita disposizione e svalutazione del patrimonio degli enti locali - Ricorso della Regione Piemonte - Denunciata violazione dell'autonomia regionale e degli enti locali, violazione della competenza legislativa regionale, violazione dei principi di autorganizzazione e di buon andamento dell'amministrazione, di autonomia normativa nella disciplina delle funzioni, di ragionevolezza, di proporzionalità ed adeguatezza, violazione del vincolo di osservanza delle norme comunitarie.



- Decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. *b*) e *d*) (modificative dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133), e comma 1-*ter*.
- Costituzione, artt. 3, 5, 23, 42, 97, 114, 117, primo, secondo, terzo, quarto e sesto comma, e 118; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 113; legge della Regione Piemonte 13 dicembre 1997, n. 13; legge della Regione Piemonte 24 ottobre 2002, n. 24; trattato CE, art. 5.

Ricorso per la Regione Piemonte, in persona della sua Presidente, prof.ssa Mercedes Bresso, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dal Prof. Roberto Cavallo Perin del Foro di Torino e dal Prof. Alberto Romano del Foro di Roma, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Lungotevere Sanzio n. 1, in forza di procura speciale a margine del presente ricorso per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge con modificazioni dalla l. 20 novembre 2009, n. 166 pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana 24 novembre 2009, n. 274, S.O.

FATTO

1. La l. 20 novembre 2009, n. 166 ha convertito in legge il d.l. 25 settembre 2009, n. 135 il cui art. 15 modifica ed integra la precedente disciplina di legge statale in materia di servizi pubblici locali (art. 23 *bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con l. 6 agosto 2008, n. 133) che l'odierna esponente Regione Piemonte aveva impugnato innanzi alla Corte costituzionale con il ricorso in via principale n. 77/08.

In particolare con la nuova legge statale (art. 15, co. 1°, lett. *b*, d.l. n. 135 del 2009, cit.) si è voluto rafforzare l'ipotesi limite di una disciplina nazionale di «integrale concorrenzialità» imponendo comunque di rivolgersi al mercato per l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali, anche nella forma della società a capitale misto pubblico-privato per la quale s'impone una gara per la scelta del socio privato che abbia ad oggetto «al tempo stesso» la qualità di socio di capitale in misura minima predefinita (almeno «il 40%» del capitale sociale) ma anche «specifici compiti operativi», chiarendo anche letteralmente «l'eccezionalità» di ogni diversa forma di affidamento e gestione, in particolare quella *cd. in house providing* di derivazione europea.

Per il servizio idrico integrato l'art. 15, co. 1° *ter*, d.l. n. 135 del 2009, cit. afferma la necessità di affidamenti con «autonomia gestionale del soggetto gestore», ferma restando la «piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche» e con «governo» delle stesse in capo «alle istituzioni pubbliche», chiamate a garantire — non da oggi — il «diritto alla universalità ed accessibilità del servizio» pubblico stesso.

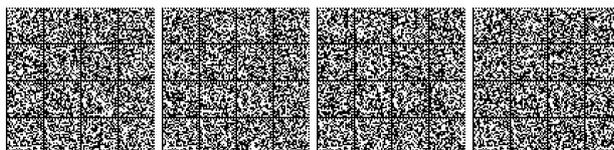
L'indicata legge statale giunge addirittura a stabilire un'anticipata cessazione di tutti gli affidamenti in essere di servizi pubblici locali *in house providing* legittimi perché conformi alla stessa disciplina europea, assieme agli illegittimi affidamenti *in house* o ad impresa terza (art. 15, co. 1°, lett. *d*), d.l. n. 135 del 2009, cit.).

La Regione Piemonte ritiene che tali disposizioni di legge statale ledano la propria sfera di competenza legislativa stabilita in Costituzione e pertanto propone ricorso *ex art. 127, Cost.*, per le seguenti ragioni in

DIRITTO

1. Violazione dell'art. 5, art. 114, art. 117, co. 1°, 2°, 4°, 6°, art. 118, art. 97 ed art. 3, Cost.; difetto di tutela della concorrenza; violazione della residua competenza legislativa regionale da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, co. 1°, lett. *b*, così come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 *bis*, 2°, 3° e 4°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, nonché dell'art. 15, co. 1° *ter*, d.l. n. 135 del 2009, cit.

A) «Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, *in via ordinaria*: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera *a*), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40



per cento» (art. 15, co. 1º, lett. b, d.l. n. 135 del 2009, cit. che così sostituisce l'art. 23 bis, co. 2º, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

La legge statale qui impugnata soggiunge che l'affidamento diverso da quello «ordinario» – tra cui spicca la forma di gestione denominata *in house providing* – può essere adottato solo «*in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2*, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato», precisando che si deve trattare di affidamento in «favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta «*in house*» e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» (art. 15, co. 1º, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. che così sostituisce l'art. 23 bis, co. 3º, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Il legislatore statale dunque riconosce che le indicate forme di gestione ed affidamento dei servizi pubblici (soggetto scelto con gara, organizzazione *in house providing*) sono conformi all'ordinamento europeo ed in particolare alla disciplina sulla concorrenza, ma con la norma nazionale giunge sino ad individuare come forma preferenziale «ordinaria» l'affidamento del servizio ad imprese terze con gara o a società mista il cui socio privato sia scelto con gara che abbia ad oggetto «al tempo stesso» la qualità di socio di capitale in misura minima predefinita (almeno «il 40%» del capitale sociale) ma anche «specifici compiti operativi», mentre relega la possibilità dell'affidamento *in house* ai soli casi ivi espressi in via d'eccezione, superando con ciò la stessa disciplina comunitaria in materia di concorrenza, nonostante che la stessa abbia creato l'istituto giuridico dell'*in house providing* come senz'altro compatibile con l'ordinamento comunitario ed i suoi principi.

In tal senso non vale ricordare che in un caso si è ritenuto che taluna legislazione nazionale in materia di *tutela dell'ambiente* abbia potuto individuare misure più rigorose di quelle previste dal diritto comunitario, poiché ciò è stato possibile nei soli limiti di un rispetto del principio di proporzionalità con altre disposizioni del Trattato (Corte di Giustizia Ce, 14 aprile 2005, in causa C-6/03, *Deponiezweckverband Eiterköpfe c. Land Rheinland-Pfalz*) tra le quali assume particolare importanza la disciplina a *tutela della concorrenza*.

B) La potestà legislativa in Italia si esercita «nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» (art. 117, co. 1º, Cost.), in particolare il vincolo si afferma anche nell'esercizio della potestà statale esclusiva in materia di «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2º, lett. e), Cost.), anzi è proprio con riferimento alla regolamentazione del mercato unico europeo che la legislazione statale italiana non può che configurarsi in attuazione della disciplina europea.

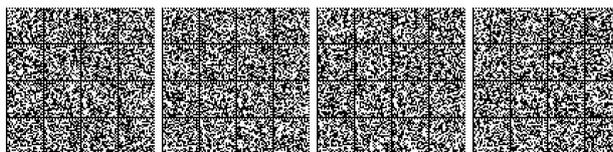
Il mercato unico europeo infatti è concettualmente possibile e concretamente si è affermato solo riconoscendo un'unitaria disciplina da parte dell'Unione europea, che deve trovare attuazione negli Stati membri attraverso norme di principio o di dettaglio, siano esse del Trattato o più di frequente in norme di regolamento o di direttive comunitarie, con conseguente impossibilità per gli Stati membri d'introdurre legislazioni ispirate da un indirizzo politico nazionale e perciò differenziate tra gli Stati membri, neppure configurando l'ipotesi limite di una disciplina nazionale di «integrale o totale concorrenzialità».

Non appare infatti possibile confondere il principio di concorrenza posto dal Trattato dell'Unione europea, che disciplina i comportamenti delle amministrazioni pubbliche una volta che abbiano deciso di rivolgersi al mercato delle imprese, con l'idea di prevalenza o preferenza per il mercato nell'organizzazione dei servizi pubblici indicata dalla disciplina statale in esame, nella quale l'*in house providing* è configurata come un residuo negletto o un cattivo surrogato.

Questa configurazione offusca, sovvertendolo, il principio di libertà degli individui o di autonomia – del pari costituzionale – degli enti territoriali (artt. 5, 117, 118, Cost.) di mantenere la capacità di operare ogni qualvolta la scelta che ritengono più opportuna: cioè se fruire dei vantaggi economici offerti dal mercato dei produttori oppure se procedere a modellare una propria struttura capace di diversamente configurare l'offerta delle prestazioni di servizio pubblico.

Autonomia e relativa capacità di scelta discrezionale che implicano anche la possibilità di non voler correre l'avventura ed il conseguente rischio di un affidamento a terzi in un tempo di cattivo mercato economico e finanziario.

In tal senso si è peraltro espresso da tempo l'ordinamento comunitario che ha ritenuto in contrasto con la disciplina europea sulla concorrenza la legge nazionale sui lavori pubblici (allora l. 11 febbraio 1994, n. 109, art. 21) che aveva limitato la scelta tra i due criteri europei d'aggiudicazione degli appalti – offerta economicamente più vantaggiosa e prezzo più basso – imponendo il vincolo legislativo «alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso» (Corte di Giustizia Ce, 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, *Sintesi s.p.a. c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici e Ingg. Provera e Carassi S.p.a.*).



L'ordinamento europeo ha ritenuto che l'imposizione leda la discrezionalità delle amministrazioni pubbliche, in particolare la possibilità «di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta» (Corte di Giustizia Ce, 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, cit., § 40), ma ancor prima per l'impossibilità istituzionale di una disciplina interna differenziata «in termini non espressamente consentiti» dal diritto comunitario (*cf.* conclusioni Avv. Gen. Stix-Hackl 1° luglio 2004, in causa C-247/02, § 65).

L'indicato orientamento – che trova ragione giuridica nella stessa nozione di mercato unico il quale istituzionalmente comporta una regolazione omogenea sulla concorrenza fra gli Stati membri – è del pari quello della Corte costituzionale italiana espresso proprio con riferimento alla nozione di «concorrenza» ex art. 117, co. 2, lett. e), Cost. la quale non può non riflettere «quella operante in ambito comunitario» con la conseguenza che la normativa interna «si informa» a quella comunitaria (Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401) di cui costituisce attuazione.

È noto che le norme d'attuazione non esprimono un indirizzo politico proprio dell'organo o soggetto che le pone, ma recepiscono quello altrui che è inderogabilmente stabilito nelle norme di cui sono appunto l'attuazione, ed in tal senso si è affermato l'orientamento di codesta Corte costituzionale con riferimento alla potestà legislativa regionale d'attuazione delle leggi statali (previgente art. 117, ult. co., Cost.; ma vedi anche Statuto Sardegna, art. 5, lett. d); Statuto Friuli-Venezia Giulia, art. 6, n. 3). Si è chiarito che l'attuazione può comportare solo «l'adozione di norme esecutive (*secundum legem*)», con l'impossibilità di spingersi sino a norme «integrative (*praeter legem*), tali cioè da ampliare, senza derogarli, i contenuti normativi espressi attraverso la legislazione» da attuare (Corte cost., 8 maggio 1990, n. 227) ed *a fortiori* si soggiunge che «il potere di emanare norme d'attuazione esclude la facoltà di apportare *deroghe* o modificazioni» (Corte cost., 12 aprile 1990, n. 181, cui *adde* Id., 16 marzo 1990, n. 122 e 24 ottobre 2001, n. 344).

D) L'indicata chiarezza di nozioni assume rilievo nel caso in esame con riferimento al rapporto fra disciplina comunitaria in materia di concorrenza e l'art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit. il quale esprimendo una prevalenza o preferenza per il mercato nell'organizzazione della gestione del servizio pubblico locale risulta in contrasto con l'indirizzo comunitario sulla concorrenza e conseguentemente con l'ambito riservato alla disciplina nazionale la quale non può non essere considerata che d'attuazione o ricezione di tale indirizzo europeo (art. 117, co. 2°, lett. e), Cost.).

Nessuna delle disposizioni comunitarie vigenti infatti impone — come invece pretende la legge statale in esame (art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit.) — agli Stati membri l'attribuzione ad imprese terze come forma ordinaria o preferenziale di affidamento dei servizi pubblici locali, relegando ai soli casi d'eccezione il ricorso alla diversa ed alternativa forma dell'*in house providing*. Al contrario si può affermare che la legislazione comunitaria lasci gli Stati membri liberi di decidere se fornire i servizi pubblici con un'organizzazione propria (cosiddetto *in house providing*) o affidarne la fornitura ad imprese terze. L'art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit. è disciplina statale che esorbita e dunque non trova fondamento nella riserva costituzionale alla legislazione statale esclusiva della materia «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2°, lett. e), Cost.), quest'ultima intesa come disciplina d'attuazione della normativa comunitaria in materia (art. 117, co. 1°, Cost.).

E) La forma di gestione denominata *in house providing* trova ragione in quell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria che ha introdotto un'ulteriore ipotesi di organizzazione a fianco dell'organismo di diritto pubblico, anch'essa sottoposta alla disciplina prevista per lo «Stato e gli enti pubblici territoriali» (artt. 86 e 87, Trattato). Tale forma di gestione è espressione del potere d'organizzazione delle pubbliche amministrazioni: il legame che unisce l'amministrazione territoriale all'ente *in house providing* vale ad escludere l'esperienza di procedure ad evidenza pubblica ed a giustificare l'affidamento diretto dei servizi all'organizzazione *in house* che, pur formalmente esterna rispetto all'amministrazione controllante, è dall'amministrazione strettamente controllata in ragione del requisito del «controllo analogo» e della destinazione prevalente all'amministrazione controllante dell'attività svolta dalla controllata.

Per tali due essenziali ragioni l'organizzazione *in house* è dalla giurisprudenza comunitaria sottratta alla disciplina della concorrenza nella scelta del gestore (Corte di Giustizia Ce 17 luglio 2008, in causa C-371/05, *Commissione Ce c. Repubblica italiana*), proprio perché questi è parte dell'organizzazione della controllante, non può svolgere attività per il mercato in via prevalente, sicché non può essere considerata un'impresa di terzi, dunque non è mercato.

Organizzazione *in house* che da tempo l'ordinamento italiano assume quale forma di gestione ed affidamento del servizio unitamente a quelle realizzate da società scelta con gara e da società mista (art. 113, co. 5°, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267). Anche nell'ordinamento interno la nozione di «controllo analogo» è riferita alla struttura, ai poteri di comando riconosciuti ai soci pubblici, al contesto istituzionale e di mercato in cui gli stessi operano. L'eventuale parcelizzazione delle quote di capitale sociale, pur non impedendo il permanere di un rapporto *in house providing* tra l'ente affidatario ed i soci affidanti, impone che a questi ultimi siano attribuiti poteri di comando e d'organizzazione idonei a condizionare le scelte del produttore *in house* con necessità di verificare (e provare) l'esistenza di poteri analoghi a



quelli che gli enti affidanti hanno verso i propri servizi. Resta fermo che il rapporto *in house* providing giova solo alle amministrazioni aggiudicatrici che partecipino al controllo analogo, mentre ad altri enti pubblici – seppur partecipi al capitale sociale – è precluso senza gara ogni affidamento all'organizzazione *in house*.

F) Osservata la disciplina sulla concorrenza, l'opzione tra modalità di gestione del servizio pubblico locale tra esse alternative è una tipica scelta d'organizzazione, in particolare di buon andamento del servizio pubblico (art. 97, co. 1°, Cost.), che proprio in quanto organizzazione locale e non nazionale dei servizi oggetto della disciplina dell'art. 15, d.l. 135 del 2009, cit., non può riconoscersi alla legislazione statale, ma spetta alla legislazione regionale ai sensi dell'art. 117, co. 4°, Cost. seppure nel rispetto di una eventuale specifica disciplina degli enti territoriali minori (art. 117, co. 6°, Cost.), con conseguente illegittimità costituzionale dell'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. ove — esprimendo una prevalenza o preferenza ordinaria dell'affidamento ad imprese terze — pone norme sull'organizzazione della gestione dei servizi pubblici locali.

È noto che alle Regioni è riconosciuta la legittimazione ad impugnare le leggi statali in via diretta non solo a tutela della propria legislazione ma anche con il riferimento alla prospettata lesione da parte della legge nazionale della potestà normativa degli enti territoriali, con affermazione della Regione come ente di tutela avanti alla Corte costituzionale del «sistema regionale delle autonomie territoriali» (art. 114, co. 2°, Cost.) che è stato riconosciuto sia in generale (Corte cost., 17 maggio 2007, n. 169, 21 marzo 2007, n. 95, 14 novembre 2005, n. 417, 28 giugno 2004, n. 196), sia con specifico riferimento alla disciplina statale dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (Corte Cost., 27 luglio 2004, n. 272, § 4).

A conferma delle indicate conclusioni vale la sentenza Corte costituzionale 16 novembre 2009, n. 307 che per materia di competenza residuale propria delle Regioni («servizi pubblici locali») ha riconosciuto alle stesse d'affermare nei confronti dello Stato un'unica modalità d'affidamento e gestione di servizio pubblico locale (in quel caso, gara per l'affidamento del servizio idrico integrato ad impresa terza), sicché — a maggior ragione — non si potrebbe precludere alle stesse Regioni di mantenere per il proprio territorio l'opzione organizzativa tra modalità di gestione alternative, comunque conformi all'ordinamento europeo cui sono vincolati lo Stato e le Regioni nell'esercizio delle rispettive competenze legislative (art. 117, co. 1°, Cost.).

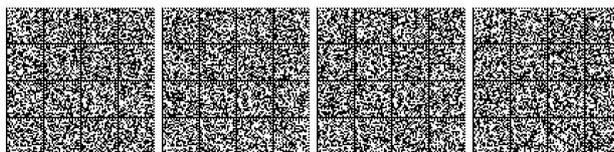
G) La violazione della competenza degli enti territoriali sull'organizzazione degli stessi anche con riferimento ad enti strumentali controllati da tali enti territoriali o a partecipazioni di minoranza (artt. 5, 114, 117, co. 6°, 118, Cost.) appare ancora più odiosa ove si rivela fortemente limitativa della concorrenza la stessa imposizione per la scelta del socio privato di società mista di una gara che abbia ad oggetto «al tempo stesso» la qualità di socio di capitale in misura minima predefinita (almeno «il 40%» del capitale sociale) ma anche specifici compiti operativi (come appalti di servizi a favore dell'istituenda società mista).

Sono ammessi a partecipare alla gara solo coloro che — imprenditori o raggruppamenti di essi — siano capaci al tempo stesso di offrire una partecipazione finanziaria ed un servizio, lavoro o fornitura alla società mista, impedendo in via generale ed astratta ogni diversa articolazione della gara nella scelta di soggetti che intendano partecipare alla società mista.

La norma viola la competenza d'organizzazione degli enti territoriali escludendo non solo che questi possano rivolgersi al mercato al solo fine di reperire una partecipazione finanziaria alla società mista, cioè un finanziamento al capitale sociale del gestore che risulti utile alla gestione del servizio stesso, ma anche – con gare separate – di prevedere l'indicata partecipazione finanziaria distinta dalla gara – condotta dalla società mista – volta ad ottenere sul mercato i migliori produttori di lavori servizi o forniture, perché già oggetto della gara congiunta imposta dalla norma statale qui impugnata che in violazione dell'art. 117, co. 2°, lett. e, co. 4° e co. 6°, Cost. restringe la platea dei possibili concorrenti alla gara in modo affatto irragionevole (arg. ex art. 3, co. 2°, Cost.).

Non si nega qui che la soluzione indicata dalla norma statale impugnata sia talvolta di grande utilità per gli enti territoriali e che in tal caso la conformità alla disciplina sulla concorrenza imponga che la procedura di gara deve prevedere sin dall'origine il doppio oggetto o veste (di socio della mista e di appaltatore della mista), ma che con norma generale e astratta si possa imporre un'unica soluzione organizzativa di partenariato pubblico privato (PPP), con scelta irragionevole perché limitativa della concorrenza tra i produttori, trasformando una soluzione d'eccezione nell'unica possibile.

È noto infatti che la forma della società a capitale misto pubblico-privato può essere configurata: a) sia come invito a terzi ad acquisire unicamente una partecipazione azionaria nel capitale sociale (partecipazione finanziaria al capitale di rischio), b) oppure la stessa partecipazione a carattere industriale (per cessione o acquisto di *know how*), c) oppure come invito a partecipare all'aggiudicazione di alcune parti del servizio che vede come corrispettivo una partecipazione azionaria alla società mista, eventualmente integrata da un corrispettivo in danaro.



H) L'illegittimità costituzionale per violazione delle indicate norme e principi costituzionali s'afferma anche per l'art. 15, co. 1° *ter*, d.l. n. 135 del 2009, cit. che per il servizio idrico integrato — con formulazione singolare — richiede affidamenti con «autonomia gestionale del soggetto gestore» ferma restando «la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche» ove s'interpreti la disposizione («autonomia gestionale del soggetto gestore») a conferma della pretesa d'imporre con legge statale alle Regioni ed agli enti locali una prevalenza o preferenza per il mercato anche nell'organizzazione della gestione di tale servizio.

I) L'art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit., non può trovare la propria fonte di legittimazione nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2°, lett. *m*), Cost.), perché occorre ricordare che la stessa disciplina statale (art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit.; art. 23-bis, d.l. n. 112 del 2008, cit.) è in tutto o in parte sostitutiva dell'art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000, cit. (*cf.* in particolare art. 23 *bis*, co. 11°, d.l. n. 112 del 2008, cit.), sicché è agevole concludere anche per le disposizioni in esame quanto è stato riferito alle preesistenti, le quali sono state ritenute estranee alla indicata materia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali poiché hanno ad oggetto unicamente le forme di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica e non le prestazioni che tali forme giuridiche — una volta prescelte — debbono assicurare agli utenti (Corte cost., sent. n. 272 del 2004, cit., § 3).

Né rileva la potestà esclusiva statale in materia di «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (art. 117, co. 2°, lett. *p*) «giacché la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale» (Corte cost., sent. n. 272 del 2004, cit., § 3).

2. Violazione dell'art. 117, co. 1°, 2°, 3°, 4; Cost. e degli artt. 3 e 97, Cost.; violazione della competenza legislativa regionale; violazione dei principi costituzionali di autorganizzazione e di buon andamento dell'amministrazione, di autonomia normativa nella disciplina delle funzioni, di ragionevolezza da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, co. 1°, lett. *b*, così come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 *bis*, 2°, 3° e 4°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

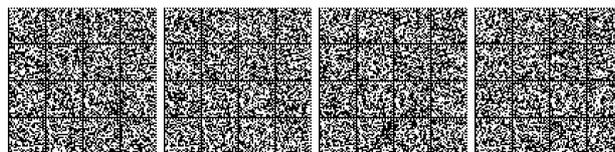
A) L'art. 15, co. 1°, lett. *b*), d.l. n. 135 del 2009, cit. qui oggetto di impugnazione — dopo avere indicato come forma prevalente («in via ordinaria») il solo affidamento del servizio pubblico locale ad imprese terze o a società a capitale misto pubblico privato (nuovo art. 23 *bis*, co. 2°, d.l. n. 112 del 2008, cit.) — ribadisce che la forma di gestione denominata *in house providing* può essere adottata dall'ente locale solo «*in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2*, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato» (nuovo art. 23 *bis*, co. 3°, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Si prevede inoltre che solo in tale ultimo caso «l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione» decorso i quali «il parere, se non reso, s'intende espresso in senso favorevole» (nuovo art. 23 *bis*, co. 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Le indicate norme di legge statale che disciplinano l'affidamento del servizio pubblico locale nella forma organizzativa dell'*in house providing* risultano inoltre lesive della competenza delle Regioni e degli enti locali ove le s'intenda come disciplina ulteriore rispetto a quella generale sul procedimento amministrativo che da tempo prevede il dovere di motivazione degli atti amministrativi (art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241), secondo molti posto in attuazione del principio costituzionale di motivazione delle scelte della amministrazioni pubbliche quanto meno nella cura di pubblici interessi (art. 97, Cost.).

Trovandosi infatti la pubblica amministrazione locale a scegliere tra le forme individuate dalla legge come tra esse alternative per l'affidamento della titolarità della gestione del servizio pubblico locale, non vi è dubbio che occorra dare una congrua ed esaustiva motivazione sia della scelta di rivolgersi al mercato, cioè ad un'impresa terza (anche per l'acquisto della qualità di socio di società mista) osservando la disciplina sulla concorrenza, sia ove vengano scelti altri strumenti d'organizzazione del servizio pubblico locale ritenuti conformi alla disciplina comunitaria, tra i quali è noto l'affidamento *in house providing*.

Le disposizioni poste dall'art. 15, co. 1°, lett. *b*), d.l. n. 135 del 2009, cit. ove intese come in deroga alla disciplina generale sul procedimento e sulla motivazione degli atti amministrativi sono da ritenersi in violazione del principio di ragionevolezza (arg. *ex* art. 3, co. 2°, Cost.), poiché non è ravvisabile nel caso in esame alcun interesse pubblico prevalente capace di fondare sia l'esenzione dal generale dovere di motivazione per l'affidamento ad imprese terze o a società mista, sia viceversa la limitazione dei casi sui quali può essere portata la motivazione a fondamento di altre soluzioni organizzative, in particolare per l'*in house providing*.



Fuori da tali ipotesi l'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. si risolve in una serie di disposizioni che limitano i presupposti di affidamento in house della gestione dell'organizzazione dei servizi pubblici «locali» degli enti territoriali, con una cieca preferenza per il mercato, invadendo per ciò la competenza normativa di Regioni ed enti territoriali minori (art. 117, co. 4° e 6°, Cost.) sull'autonoma definizione del buon andamento dell'organizzazione della gestione dei servizi pubblici locali.

L'invasione nella sfera di competenza regionale e degli enti territoriali minori è addirittura enfatizzata dalla precisazione che le indicate disposizioni (art. 23 bis co. 2°, 3°, 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit. così come sostituiti dall'oggi impugnato art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit.) «prevalgono» su tutte le «discipline di settore con esse incompatibili» (cfr. l'art. 23 bis, co. 1°, d.l. n. 112 del 2008, cit.), dunque su tutte le discipline di settore regionali, in particolare quelle della Regione Piemonte sul servizio idrico integrato (l.r. 13 dicembre 1997, n. 13) e sul sistema integrato di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani (l.r. 24 ottobre 2002, n. 24) che non limitano affatto la scelta tra le forme di gestione dei servizi compatibili con il diritto comunitario.

Ne deriva quindi che l'intervento legislativo statale costituisce insanabile lesione della sfera di competenza della Regione Piemonte con illegittimità costituzionale dell'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. ove preclude alla Regione ogni scelta d'organizzazione su un punto qualificante della disciplina dei servizi pubblici locali (regionali e degli altri enti territoriali), in particolare impedendo alla Regione di stabilire e disciplinare una previa valutazione comparativa da parte dell'amministrazione fra tutte le possibili opzioni per la scelta della forma di gestione.

B) Non è da escludere che dell'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. si possa offrire un'interpretazione adeguatrice capace di sorreggere una sentenza interpretativa di rigetto della questione di costituzionalità proposta ove s'intenda che tali disposizioni non derogano alla disciplina generale sul procedimento amministrativo, dovendo l'amministrazione motivare qualunque scelta della forma di gestione del servizio pubblico locale, attraverso una comparazione tra tutte quelle compatibili con l'ordinamento comunitario ed offrendo infine la giustificazione in concreto della forma prescelta, secondo un'interpretazione che espunge dalle norme qualsiasi preferenza o prevalenza in astratto di una forma di gestione sull'altra.

C) Permarrebbe comunque l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. (ove sostituisce l'art. 23 bis, co. 3 e 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit.), per avere il legislatore statale invaso la sfera di competenza normativa della Regione Piemonte e degli enti territoriali piemontesi nella definizione dello svolgimento delle funzioni loro attribuite (art. 117, co. 4° e 6°, Cost.) poiché una parte della norma prevede una disciplina particolare del procedimento di affidamento della gestione a soggetti diversi dagli operatori di mercato, tra cui l'in house providing.

In particolare l'art. 15, co. 1° lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit., impone una specifica disciplina generale ed astratta dei presupposti di affidamento in house del servizio pubblico locale di rilevanza economica, con il riferimento esclusivo a «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato» (nuovo co. 3°, art. 23 bis, d.l. n. 112 del 2008, cit.). Dispone inoltre una particolare attività istruttoria avente ad oggetto — una specifica «analisi di mercato» su cui offrire una congrua motivazione ed addirittura una specifica «adeguata pubblicità» (nuovo co. 4°, art. 23 bis, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

È infine data ancora una triplice prescrizione, del tutto particolare e specificamente dedicata al procedimento di affidamento della gestione a soggetti diversi dagli operatori di mercato — tra cui l'in house providing. Anzitutto l'invio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di una «relazione contenente gli esiti dell'intervenuta analisi di mercato», sulla quale deve intervenire un «singolare» parere preventivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, «da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione» (nuovo art. 23 bis, co. 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit.), innovando la disciplina generale sull'attività consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che prevede unicamente un'attività consultiva facoltativa, su richiesta delle amministrazioni o su iniziativa dell'Autorità stessa (art. 22, l. 10 ottobre 1990, n. 287).

Non solo l'art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit. è viziato d'illegittimità costituzionale parziale per avere invaso la sfera di competenza normativa della Regione Piemonte e degli enti territoriali piemontesi nella definizione dello svolgimento della funzione d'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (art. 117, co. 4° e 6°, Cost.), ma ciò è avvenuto con norme di dettaglio così puntuali che non sarebbero neppure compatibili per una competenza esclusiva dello Stato (v. *infra* § n. 3) e in violazione del principio di ragionevolezza (arg. ex art. 3, co. 2, Cost.) poiché della legge impugnata non si comprendono le ragioni di una disciplina differenziata per l'ambito locale dei pubblici servizi rispetto a quella generalmente prevista per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed in genere per le autorità di regolazione.

3. Violazione dell'art. 117, co. 1°, 2°, 3°, 4°, Cost. con riferimento agli artt. 114, 117, co. 6°, e 118, co. 1° e 2°, Cost.; violazione dell'autonomia costituzionale degli enti territoriali da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15,



co. 1°, lett. b, così come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 bis, 2°, 3° e 4°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, nonché dell'art. 15, co. 1° ter, d.l. n. 135 del 2009, cit.

A) Da tempo la Corte costituzionale ha riconosciuto che «le Regioni sono legittimate a denunciare la legge statale per la violazione di competenze degli enti locali» poiché di per sé tale violazione è «potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali» (Corte cost. 17 maggio 2007, n. 169, 21 marzo 2007, n. 95, 14 novembre 2005, n. 417, 28 giugno 2004, n. 196; Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, § 4).

È l'autonomia costituzionale propria e dell'intero sistema degli enti locali che la Regione Piemonte intende oggi difendere di fronte ad un nuovo intervento legislativo statale che vorrebbe limitare la capacità d'organizzazione e di autonoma definizione normativa dello svolgimento delle funzioni di affidamento dei servizi pubblici locali, la stessa autonomia di Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni (art. 114, Cost.) che è riconosciuta anche dall'Unione Europea (art. 5, Trattato).

Il cosiddetto valore costituzionale o materia trasversale «tutela della concorrenza» presuppone anche per il legislatore nazionale l'esistenza di un mercato quale oggetto di tutela (Corte di Giustizia Ce, 6 aprile 2006, in causa C-410/04, *ANAV c. Comune di Bari*), definizione di mercato che però non raggiunge gli spazi interni dell'organizzazione pubblica (Corte costituzionale, 15 novembre 2004, n. 345; Id., 26 gennaio 2004, n. 36).

La scelta delle forme di gestione ed affidamento del servizio pubblico deve informarsi – entro i limiti della disciplina sulla concorrenza – a valutazioni d'efficienza, efficacia ed economicità che ciascuna organizzazione pubblica non può che esprimere con riferimento ai proposti *standard* di qualità che intende offrire agli utenti, involgendo perciò questioni di pura autorganizzazione degli enti territoriali, della cui autonomia vi è diretto fondamento costituzionale (art. 5, 114, 117, co. 4°, 6°, art. 118, Cost.)

B) Nel contesto dell'ordinamento italiano è incostituzionale un'interpretazione dell'ordinamento europeo nel senso di una «concorrenzialità totale» che ritenga sempre imposto alle Regioni ed agli enti locali l'attribuzione dei propri servizi ad imprese terze e riduca le altre forme e tra queste il cd. *in house providing* – di derivazione comunitaria – a mera ipotesi d'eccezione in presenza di determinate situazioni da motivare puntualmente (art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. che sostituisce l'art. 23 bis, co. 2°, 3° e 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit., nonché – per il servizio idrico integrato – l'art. 15, co. 1° ter, d.l. n. 135 del 2009, cit.).

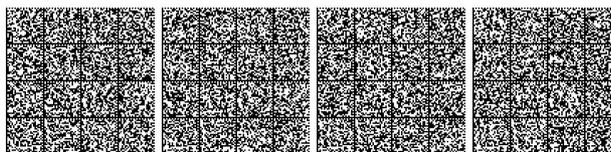
La disciplina statale qui impugnata (art. 15, co. 1°, lett. b), e co. 1° ter, d.l. n. 135 del 2009, cit.) incide direttamente nella materia di competenza legislativa regionale del buon andamento dell'amministrazione nella gestione dei servizi pubblici locali (art. 117, co. 4°, 6°, art. 118, art. 97, Cost.), ma addirittura perviene a limitare la capacità d'autorganizzazione della Regione e degli stessi enti territoriali, comprimendo illegittimamente l'autonomia pubblica conferita ad essi dalla Costituzione italiana (artt. 114, 117, 118, co. 1° e 2°, Cost.).

La garanzia costituzionale delle Regioni e degli altri enti territoriali (in particolare, Comuni e Province) non può tollerare dunque alcun obbligo di legge statale di preferenza verso «l'esternalizzazione» dei servizi pubblici locali, disciplinando direttamente l'organizzazione di quest'ultimi invece che la propria amministrazione pubblica (Corte cost. 16 gennaio 2004, n. 16; Id., 27 luglio 2004, n. 272).

La legislazione statale può legittimamente imporre una determinata forma di gestione di un servizio pubblico solo procedendo in via preliminare ad avocare allo Stato la competenza sull'organizzazione della gestione dei servizi sinora considerati locali (es. idrico integrato, raccolta dei rifiuti solidi urbani) sul presupposto che l'esercizio unitario di tali servizi sia divenuto ottimale solo a livello d'ambito statale (art. 118, co. 1°, Cost.).

La disciplina in esame pertanto è da ritenersi costituzionalmente illegittima per difetto di tale qualificazione nazionale dei servizi che restando locali per sua espressa qualificazione (*cf.* l'art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit., in rubrica, co. 1°, ecc.) segnano la denunciata invasione della sfera di competenza normativa in materia d'organizzazione e svolgimento delle funzioni della Regione Piemonte e degli enti territoriali piemontesi, poiché nega illegittimamente l'autonomia costituzionale di tali enti nel suo nucleo imprescindibile della capacità di darsi un'organizzazione idonea a soddisfare i bisogni sociali del suo territorio, cioè della popolazione residente che ne è l'elemento costitutivo, ed in particolare per la Regione Piemonte si evidenzia la diretta lesione della propria potestà legislativa residuale (art. 117, co. 4°, Cost.) in materia di buon andamento dell'organizzazione dei servizi pubblici locali (regionali e degli altri enti territoriali) ove è precluso alla Regione ogni spazio di regolazione in ordine alla scelta – preliminare e fondamentale – se rivolgersi al mercato (imprese terze) oppure a ciò che mercato non è (*in house providing*).

4. Violazione dell'art. 117, co. 2°, Cost. con riferimento all'art. 3, Cost.; difetto comunque di proporzionalità ed adeguatezza della disciplina statale ove la stessa sia ritenuta a tutela della concorrenza da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, co. 1°, lett. b), così come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 bis, 2°, 3° e 4°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.



A) La Corte costituzionale ha riconosciuto che solo le disposizioni di legge statale a «carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» (in specie art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.) trovano il proprio «titolo di legittimazione» nell'art. 117, co. 2°, lett. e), Cost. («tutela della concorrenza») e «solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali» (Corte costituzionale, sent. n. 272 del 2004, cit.).

La Corte ha sottoposto tali disposizioni di legge statale a scrutinio in ragione del criterio di proporzionalità ed adeguatezza che è «essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla «tutela della concorrenza» e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali» poiché tale materia «trasversale» «si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese» (Corte costituzionale, sent. n. 272 del 2004, cit. cui *adde* Id., sent. n. 401 del 2007, cit.).

Scrutinio all'esito del quale la Corte costituzionale ha annullato l'art. 113, co. 7°, d.lgs. n. 267 del 2000, cit. ove definiva i criteri di aggiudicazione della gara per l'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica con disposizione «dettagliata ed autoapplicativa», «integrativa delle discipline settoriali di fonte regionale» la quale realizzava «una illegittima compressione dell'autonomia regionale» in quanto l'intervento legislativo statale risultava «ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza» (Corte costituzionale, sent. n. 272 del 2004, cit.).

Il legislatore statale all'art. 113, co. 7°, d.lgs. n. 267 del 2000, cit., poi dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale, autoqualificava le proprie disposizioni come «integrative delle discipline di settore», *a fortiori* il ragionamento d'illegittimità può essere esteso alla legge statale qui impugnata (d.l. n. 135 del 2009, cit. art. 15, co. 1°, lett. b) poiché – essendo confermata la «prevalenza» delle indicate disposizioni statali sulle leggi regionali (*cf.*: l'immutato art. 23 *bis*, co. 1°, secondo periodo, d.l. n. 112 del 2008, cit.) – configura molto più di una «integrazione» trattandosi di vera e propria sostituzione della disciplina preesistente settoriale di fonte regionale o locale.

A maggior ragione, dunque, le disposizioni della legge statale in esame (art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. che sostituisce l'art. 23 *bis*, co. 2°, 3° e 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit.) ledono l'autonomia regionale o degli enti territoriali piemontesi ove si ritenga che esse costituiscano esercizio di potestà esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2°, lett. e, Cost.), con conseguente loro illegittimità costituzionale.

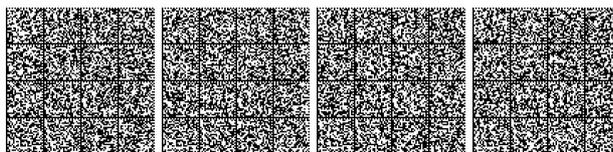
Occorre infatti riconoscere che il d.l. n. 135 del 2009, cit., art. 15, co. 1°, lett. b), pone una disciplina immediatamente autoapplicativa ove senz'altro pone un criterio o principio di preferenza nell'attribuzione ad imprese terze dei servizi pubblici locali poiché la qualifica senz'altro come forma «ordinaria» (nuovo art. 23 *bis*, co. 2° e 3°, d.l. n. 112 del 2008, cit.) e riduce le altre soluzioni organizzative compatibili con l'ordinamento comunitario — in particolare *l'in house providing* — a mere eccezioni determinando puntualmente e tassativamente le «situazioni eccezionali» che sole possono giustificare tale forma di gestione: «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato» (nuovo art. 23 *bis*, co. 3°, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Elencazione minuziosa che tuttavia non contempla le ragioni d'organizzazione che possono assumere interesse per l'affidamento di un determinato servizio pubblico locale, sicuramente per il servizio idrico integrato ove i diversi segmenti di acquedotto, fognatura e depurazione debbono essere riuniti in ciclo completo delle acque secondo la *ratio* della disciplina di settore (prima l. 5 gennaio 1994, n. 36, poi d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) che da tempo impone il superamento della frammentazione per segmenti e per territorio nell'erogazione del servizio, ai fini del raggiungimento di una gestione del servizio idrico integrato che sia capace di riunire in dimensioni sovracomunali il ciclo delle acque.

Proprio le ragioni organizzative (riunificazione del ciclo completo delle acque in capo ad unico gestore) — fra le altre — hanno reso necessario l'affidamento del servizio idrico integrato ad organizzazioni *in house providing* nel territorio della Regione Piemonte (*cf.*: deliberazioni Autorità d'Ambito n. 3 «Torinese» 27 maggio 2004, n. 173 e 13 dicembre 2007 n. 296, con cui si è affidato alla società a capitale interamente pubblico SMAT s.p.a. — ai sensi dell'art. 113, co. 5°, lett. c), d.lgs. n. 267 del 2000, cit. — la titolarità della gestione del servizio idrico integrato per la totalità dell'ambito territoriale ottimale n. 3 «Torinese»).

5. Violazione dell'art. 5, art. 23, art. 42, art. 114, art. 117, co. 2° e 6°, art. 118, Cost. anche con riferimento all'art. 3, Cost. da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, co. 1°, lett. d, così come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 *bis*, co. 8°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

A) Le «gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta «in house» cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011», con possibilità di proseguire sino «alla scadenza prevista dal contratto di servizio» purché «entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui



alla lettera *b*) del comma 2», cioè con una gara che abbia ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (art. 15, co. 1°, lett. *d*), d.l. n. 135 del 2009, cit., che così sostituisce l'art. 23 bis, co. 8°, lett. a, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Tale disposizione transitoria viola l'autonomia costituzionale della Regione Piemonte e degli enti locali (artt. 5, 114, 117, co. 6°, 118, Cost.) ove dispone senz'altro e senza indennizzo alcuno (artt. 23 e 42, Cost.) del patrimonio legittimamente realizzato o acquisito dagli enti stessi con l'affidamento a società a totale capitale pubblico *in house providing* della gestione di servizi pubblici locali, in conformità sia all'ordinamento comunitario sia a quello interno (ex art. 113, co. 5°, lett. c, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.).

La lesione s'afferma in ragione di una generalizzata cessazione anticipata al 31 dicembre 2011 disposta *ex lege* per tutti gli affidamenti *in house providing*, anche di quelli effettuati dagli enti territoriali in conformità all'ordinamento comunitario e italiano, con grave svalutazione dei valori di mercato dei corrispettivi di cessione delle partecipazioni a causa della simultanea attuazione su tutto il territorio nazionale dell'alienazione del 40% di un numero rilevante di società in mano agli enti locali, che — unitamente agli affidamenti illegittimi — per il solo servizio idrico integrato ammontano a circa n. 60 complessi aziendali, di cui alcuni con valorizzazioni patrimoniali di notevole consistenza (Torino, Milano, Bologna, le Regioni Puglia e Sardegna, ecc.).

La disposizione è ancor più lesiva della competenza degli enti territoriali ove della stessa non si riesca ad individuare alcun significato ragionevole, poiché — per la prima volta in modo inequivoco (art. 35, l. 28 dicembre 2000, n. 448; art. 14, co. 1°, d.l. n. 269 del 2003; art. 15, d.l. n. 223 del 2006; art. 23 bis, co. 8°, d.l. n. 112 del 2008, cit.; art. 113, c. 15° bis, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.) — non solo dispone la cessazione degli affidamenti *in house providing* illegittimi ma anche di quelli legittimi (differenziando la sola scadenza *ex lege* di un anno: 31 dicembre 2010 — 31 dicembre 2011), non solo tratta allo stesso modo gestioni da poco iniziate (meno di due anni) con quelle pluridecennali, ma non si è affatto curata di «scaglionare» nel tempo il preferito ricorso al mercato con grave svalutazione dell'indicata consistenza patrimoniale.

Non ha avuto mai il conforto della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, né di codesta Corte costituzionale il dubbio che l'art. 22, co. 3°, lett. *e*), l. 8 giugno 1990, n. 142, oppure il successivo art. 113, co. 5°, lett. c, d.lgs. n. 267 del 2000, cit. dedicati alle società *in house providing* potessero essere in contrasto con l'ordinamento comunitario o interno sulla concorrenza, con conseguente irragionevolezza dell'anticipata cessazione di quelli conformi a tale disciplina al pari degli affidamenti illegittimi, siano essi quelli che non rispettano i caratteri essenziali dell'*in house providing* («controllo analogo sulla società» ed «attività prevalente a favore dei controllanti»), siano essi quelli effettuati a terzi in difformità dalla disciplina sulla concorrenza.

C) Ancor più la disposizione — abrogando la disciplina preesistente che disponeva la cessazione al 31 dicembre 2006 e per il solo servizio idrico al 31 dicembre 2007 di tutti gli affidamenti difformi dalla disciplina italiana ed europea sulla concorrenza — ha statuito di ulteriormente prorogare per quattro o tre anni tali illegittimi affidamenti (che «cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante»: nuovo art. 23 bis, co. 8°, lett. e, d.l. n. 112 del 2008, cit., così come sostituito dall'art. 15, co. 1°, lett. d, d.l. n. 135 del 2009, cit.)

La disposizione è ancor più lesiva della competenza degli enti territoriali ove della stessa non si riesce ad individuare alcun significato ragionevole, perché realizza una sanatoria *ex lege* di affidamenti illegittimi lesivi della concorrenza che la stessa legge qui impugnata proclama di voler riaffermare, anche di quelli più eclatanti in difetto di ogni evidenza pubblica, ivi compresi quelli già oggetto di una sentenza di annullamento non ancora passata in giudicato, persino ove sia stata incidentalmente contornata da una pronuncia in tal senso della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Disposizione ancora più singolare ove si pensi che l'ennesima norma di favore per gli affidamenti disposti in violazione proprio della disciplina italiana ed europea sulla concorrenza (d.l. n. 135 del 2009, cit., art. 15, co. 1°, lett. *d*), segue a disposizioni (anch'esse qui impuginate) che dichiarano apertamente l'affermazione di un indirizzo politico di «ultra concorrenzialità» (d.l. n. 135 del 2009, cit., art. 15, co. 1°, lett. *b*).

6. Violazione dell'art. 5, art. 114, art. 117, co. 2° e 6°, art. 118, Cost. anche con riferimento all'art. 3, Cost. da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, co. 1°, lett. d, così come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 bis, co. 8°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

«Le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera *a*) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione



dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011» (art. 15, co. 1°, lett. d, d.l. n. 135 del 2009, cit. che introduce il nuovo art. 23 *bis*, co. 8°, lett. b, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Tale disposizione transitoria cancella d'un tratto la legittimità secondo il diritto nazionale di tutte le gestioni di servizio pubblico in capo a società mista ove la gara per la scelta del socio privato — pure avvenuta con procedura conforme all'ordinamento europeo ed italiano — abbia avuto ad oggetto unicamente la partecipazione finanziaria, con acquisto di quote di capitale, eventualmente accompagnate da patti parasociali allegati ai bandi gara per l'individuazione di taluni amministratori in accordo con il socio pubblico, non importa ora se minoritario o prevalente.

La violazione della competenza degli enti territoriali sull'organizzazione degli stessi anche con riferimento ad enti strumentali controllati da tali enti territoriali o a partecipazioni di minoranza (artt. 5, 114, 117, co. 6°, 118, Cost.) appare ancora più odiosa ove determina una svalutazione del patrimonio degli enti stessi imponendo con norma transitoria l'impossibilità di proseguire comunque tali gestioni, fermo restando la possibilità di una nuova gara ma con il vincolo della partecipazione di terzi che si vuole necessariamente congiunta allo svolgimento di specifici compiti operativi.

P. Q. M.

La Regione Piemonte, così come sopra rappresentata e difesa, insta affinché la Corte costituzionale voglia accogliere le seguenti conclusioni:

dichiarare l'illegittimità costituzionale del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, comma 1 e 1-ter, convertito in legge con modificazioni dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, per violazione degli artt. 5, 23, 42, 114, 117, co. 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, e 118, Cost., anche con riferimento agli artt. 3 e 97, Cost.

Roma-Torino, addì 21 gennaio 2010

Prof. Alberto ROMANO

Prof. Roberto CAVALLO PERIN

10C0150

N. 53

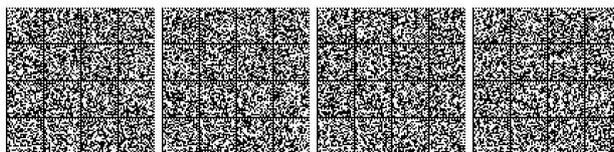
*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal Giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Bahir Azdin*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. *a*), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. *d*), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, comma terzo, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

Nel corso del processo a carico di Bahir Azdin, nato in Marocco il 1° febbraio 1988, imputato della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-*bis* del d.P.R. n. 286/1998 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 16 settembre 2009 il p.m. avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-*bis*, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998, 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000 e 1-*ter* della legge n. 102/2009 per violazione degli



articoli 3, 24, secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

Il giudicante sull'istanza proposta si riservava, disponendo il rinvio dell'udienza.

In apertura dell'odierna udienza sciogliendo la riserva ritiene il giudicante che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art 10-*bis*, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24 secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.

1. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili.

a) La disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'amenda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.

Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998 assumono anche natura di illeciti penali. Premesso che i principi dettati dall'art. 3 Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza c.c. n. 104/1969); che il reato contestato all'odierno imputato è quello di soggiornare in Italia il giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delitti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, conseguente a fatti preesistenti e non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analogia previsione contenuta dall'art. 13, comma 2, lett. b) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa.

b) Appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato abnorme evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (art. 13, comma 12. T.U.) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (art. 14, comma 8 T.U.).

Inoltre non è stato neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo.

c) Sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto alla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 15-*ter* del T.U., per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede.



Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-ter commi 1 e 8 prevede un procedimento di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.

L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (art. 10, comma 2, Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di accoglienza sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2. — Art 10-bis d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, secondo comma Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio *nemo tenetur se detegere*; violazione dell'art. 27, terzo comma della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena.

a) In relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal p.m., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo *nemo tenetur se detegere*.

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il Paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

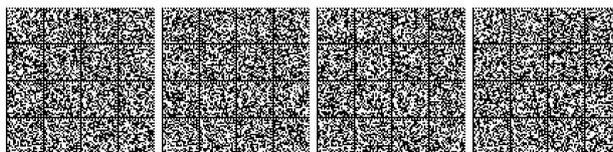
Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi.

b) La violazione dell'art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998 pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale.

Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere di respipiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3. — Art. 62-bis d.lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998. Violazione dell'art. 97, primo comma, Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.



In applicazione degli articoli 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'articolo 14, comma 1 del T.U. (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.

Senonchè il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'articolo 13 e seguenti del T.U., mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di Pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di Pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del Questore, il secondo a cura del g.d.p. nelle forme degli articoli 20-*bis* e *ter* del d.lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il g.d.p. deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorché acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal p.m., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il g.d.p. nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva dell'espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16 comma 1, d.lgs. n. 286/1998;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione il g.d.p. deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 286/1998.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, primo comma, Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario.

Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.



In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento

P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, d.lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis, d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 in riferimento agli articoli 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma della Costituzione;

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 ministri, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 febbraio 2009

Il giudice di pace: Cocco

10C0133

n. 54

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal Giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Saied Ahmed*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

Nel corso del processo a carico di Saied Ahmed, nato in Egitto il 1° settembre 1980, imputato della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-bis del d.P.R. n. 286/1998 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 21 ottobre 2009 il p.m. avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-bis, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998, 62-bis del d.lgs. 274/2000 e 1-ter della legge n. 102/2009 per violazione degli articoli 3, 24, secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

Il giudicante a seguito delle richieste formulate dalle parti ritiene che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art 10-bis, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998 e 62-bis del d.lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24, secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma, della Costituzione.



A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.

1. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili.

a) La disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'amenda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.

Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art. 13, del d.lgs. n. 286/1998 assumono anche natura di illeciti penali. Premesso che i principi dettati dall'art. 3 Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza c.c. n. 104/1969); che il reato contestato all'odierno imputato è quello di soggiornare in Italia alla data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, di per sé inoffensiva e conseguente a fatti preesistenti, non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analogo previsione contenuta dall'art 13, comma 2, lett. b) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa.

b) Appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

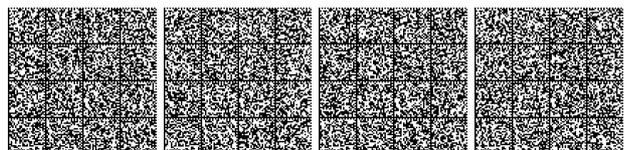
È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (art. 13, comma 12, T.U.) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (art. 14, comma 8, T.U.).

Inoltre non è stato neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo.

c) Sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto dalla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 14, comma 5-*ter* del T.U., per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede.

Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-*ter* commi 1 e 8 prevede un procedimento di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.



La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.

L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (art. 10, secondo comma, Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di accoglienza sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, comma 2 Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio *nemo tenetur se detegere*; violazione dell'art. 27, terzo comma della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena.

a) In relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal p.m., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo *nemo tenetur se detegere*.

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il Paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi.

b) La violazione dell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale. Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere respiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3. — Art. 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998. Violazione dell'art. 97, primo comma, Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'articolo 14, comma 1 del T.U. (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non



luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.

Senonchè il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'articolo 13 e seguenti del T.U., mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di Pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di Pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del Questore, il secondo a cura del g.d.p. nelle forme degli articoli 20-bis e ter del d.lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 e 62-bis d.lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il g.d.p. deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorquando acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal p.m., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il g.d.p. nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 e 62-bis, d.lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione il g.d.p. deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-bis, comma 5 d.lgs. n. 286/1998.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

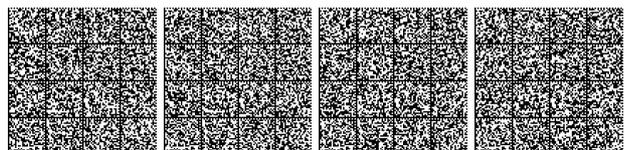
In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, primo comma, Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario. Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, d.lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis, d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 in riferimento agli articoli 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma della Costituzione;

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 ministri, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2009

Il giudice di pace: Cocco

10C0134

n. 55

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal Giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Slonovscaia Ecaterina*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. *a*), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. *d*), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

Nel corso del processo a carico di Slonovscaia Ecaterina, nata in Moldavia il 15 febbraio 1988, imputata della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-*bis* del d.P.R. n. 286/98 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 16 settembre 2009 il PM avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-*bis*, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/98, 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000 e 1-*ter* della legge n. 102/09 per violazione degli articoli 3, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, comma 1 della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

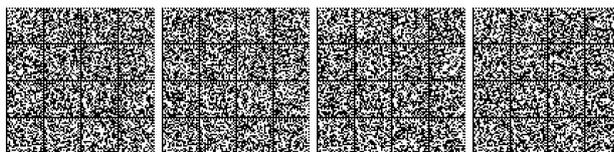
Il giudicante sull'istanza proposta si riservava, disponendo il rinvio dell'udienza.

In apertura dell'odierna udienza sciogliendo la riserva ritiene il giudicante che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art 10-*bis*, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/98 e 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24 secondo comma, 27 terzo comma e 97, primo comma della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.

1. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/98 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili.



a) La disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'ammonda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.

Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art 13 del d.lgs. n. 286/98 assumono anche natura di illeciti penali. Premesso che i principi dettati dall'art 3 Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza C. C. n. 104/69); che il reato contestato all'odierna imputata è quello di soggiornare in Italia alla data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, conseguente a fatti preesistenti e non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analoga previsione contenuta dall'art 13, comma 2, lett. b) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa.

b) Appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (Art. 13, comma 12, TU) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (Art. 14, comma 8, TU).

Inoltre non è stata neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo.

c) Sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto alla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 145-ter del TU, per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede.

Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-ter, commi 1 e 8 prevede una procedura di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.

L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (Art 10, comma 2 Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di accoglienza



sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza nè nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/98, ad avviso del giudice la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/98 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, comma 2 Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio *nemo tenetur se detegere*; violazione dell'art. 27, comma 3 della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena.

a) In relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal PM, nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo *nemo tenetur se detegere*.

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi.

b) La violazione dell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/98 pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale. Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere respicenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3. — Art. 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1, d.lgs. n. 286/98. Violazione dell'art. 97, primo comma Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 14, comma 1 del TU (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.

Senonché il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'art. 13 e seguenti del TU,



mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di Pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di Pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del Questore, il secondo a cura del GdP nelle forme degli articoli 20-*bis* e *ter* del d.lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1 d.lgs. n. 286/98 e 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il gdp deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorché acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal PM, con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il gdp nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/98 e 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16 comma 1, d.lgs. n. 286/1998;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione il gdp deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 286/1998.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

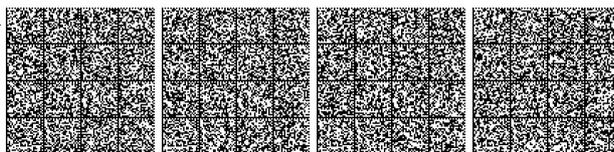
In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, comma 1 Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario. Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, d.lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis, d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 in riferimento agli articoli 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma della Costituzione;

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, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2009

Il giudice di pace: Cocco

10C0135

N. 56

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal Giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Vladyslav Chuikov*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. *a*), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. *d*), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

Nel corso del processo a carico di Vladyslav Chuikov, nato in Ucraina il 12 febbraio 1968, imputato della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-*bis* del d.P.R. n. 286/98 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 16 settembre 2009 il pm avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-*bis*, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998, 62-*bis* del d.lgs. 274/2000 e 1-*ter* della legge n. 102/09 per violazione degli articoli 3, 24, secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

Il giudicante sull'istanza proposta si riservava, disponendo il rinvio dell'udienza.

In apertura dell'odierna udienza sciogliendo la riserva ritiene il giudicante che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art 10-*bis*, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/98 e 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24, secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.

1. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili.



a) La disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'amenda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.

Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998 assumono anche natura di illeciti penali. Premesso che i principi dettati dall'art. 3, Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza C. c. n. 104/1969); che il reato contestato all'odierno imputato è quello di soggiornare in Italia il giorno 9 agosto 2009, giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, conseguente a fatti preesistenti e non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analogha previsione contenuta dall'art. 13, comma 2, lett. b) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa.

b) Appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (Art. 13, comma 12, TU) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (Art. 14, comma 8, TU).

Inoltre non è stato neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo.

c) Sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto dalla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 1-ter, del TU, per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede.

Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-ter commi 1 e 8 prevede un procedimento di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.

L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (Art. 10, secondo comma Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di



accoglienza sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/98, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2. — Art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/98 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, comma 2, Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio *nemo tenetur se detegere*; violazione dell'art. 27, terzo comma della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena.

a) In relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal p.m., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo *nemo tenetur se detegere*.

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il Paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi.

b) La violazione dell'art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/1998 pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale.

Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere risipiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3. — Art. 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998. Violazione dell'art. 97, primo comma, Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 14, comma 1 del TU (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.



Senonchè il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'art. 13 e seguenti del TU, mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di Pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di Pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del Questore, il secondo a cura del gdp nelle forme degli articoli 20-*bis* e *ter* del d.lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il gdp deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorché acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal p.m., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il gdp nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/98;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione il gdp deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 286/1998.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, primo comma, Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario.

Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di, entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, d.lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis, d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 in riferimento agli articoli 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma della Costituzione;

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, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2010

Il giudice di pace: Cocco

10C0136

N. 57

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal Giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Becirovic Avdo*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. *a*), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. *d*), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

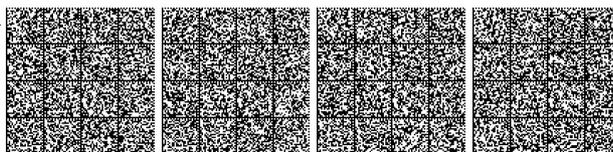
Nel corso del processo a carico di Becirovic Avdo, nato in Serbia il 22 settembre 1961, imputato della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-*bis* del d.P.R. n. 286/1998 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 21 ottobre 2009 il pm avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-*bis*, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998, 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000 e 1-*ter* della legge n. 102/2009 per violazione degli articoli 3, 24, secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

Il giudicante a seguito delle richieste formulate dalle parti ritiene che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/98 e 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24, secondo comma, 27 terzo comma e 97 primo comma della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.

1. — Art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili.



a) La disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'amenda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.

Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998 assumono anche natura di illeciti penali.

Premesso che i principi dettati dall'art. 3, Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza c.c. n. 104/1969); che il reato contestato all'odierno imputato è quello di soggiornare in Italia alla data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, di per sé inoffensiva e conseguente a fatti preesistenti, non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analogo previsione contenuta dall'art. 13, comma 2, lett. b) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa.

b) Appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (art. 13, comma 12, T.U.) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (art. 14, comma 8, T.U.).

Inoltre non è stato neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo.

c) Sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto dalla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 14, comma 5-ter del T.U., per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede. Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-ter commi 1 e 8 prevede un procedimento di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.

L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (art. 10, comma 2, Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di accoglienza



sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/98, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2 — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, secondo comma, Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio *nemo tenetur se detegere*; violazione dell'art. 27, terzo comma della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena.

a) In relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal p.m., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo *nemo tenetur se detegere*.

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi.

b) La violazione dell'art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/98 pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale. Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere resipiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3. — Art. 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1, d.lgs. n. 286/98. Violazione dell'art. 97, primo comma Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 14, comma 1 del T.U. (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.

Senonché il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'art. 13 e seguenti del T.U.,



mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di Pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di Pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del Questore, il secondo a cura del G.d.P. nelle forme degli articoli 20-bis e ter del d.lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/98 e 62-bis, d.lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il G.d.P. deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorché acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal P.M., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il G.d.P. nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/98 e 62-bis, d.lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1, e 16 comma 1, d.lgs. n. 286/1998;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione il G.d.P. deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-bis, comma 5, d.lgs. n. 286/98.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, primo comma, Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario.

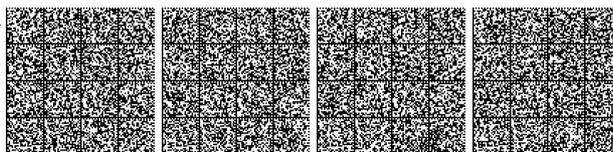
Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativa in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, d.lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis, d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 in riferimento agli articoli 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma e 97, primo comma della Costituzione;

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, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2009

Il giudice di pace: Cocco

10C0137

n. 58

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal Giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Alex Dane*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. d), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

Nel corso del processo a carico di Alex Dane, nato in Etiopia il 19 agosto 1979, imputato della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-bis del d.P.R. n. 286/98 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 21 ottobre 2009 il P.M. avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-bis, 16, comma 1 del d.Lgs. n. 286/98, 62-bis del d.Lgs. n. 274/2000 e 1-ter della legge n. 102/09 per violazione degli articoli 3, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, comma 1 della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

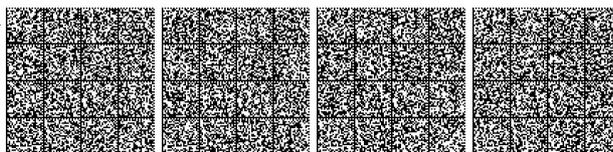
Il giudicante a seguito delle richieste formulate dalle parti ritiene che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.Lgs. n. 286/98 e 62-bis del d.Lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24 comma 2, 27 comma 3 e 97 comma 1 della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.

1. — Art. 10-bis d.Lgs. n. 286/98 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili.

a) La disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009, punisce con l'ammenda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.



Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art. 13 del d.Lgs. n. 286/98 assumono anche natura di illeciti penali.

Premesso che i principi dettati dall'art. 3 Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza C.C. n. 104/69); che il reato contestato all'odierno imputato è quello di soggiornare in Italia alla data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, di per sé inoffensiva e conseguente a fatti preesistenti, non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analogo previsione contenuta dall'art. 13, comma 2, lett. b) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa.

b) Appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (art. 13, comma 12 T.U.) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (art. 14, comma 8 T.U.).

Inoltre non è stato neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo.

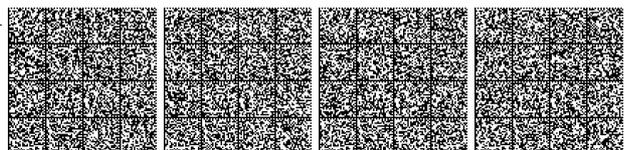
c) Sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto dalla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 14, comma 5-ter del T.U., per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede.

Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-ter commi 1 e 8 prevede una procedura di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.

L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (art. 10, comma 2 Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di accoglienza



sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis* d.Lgs. n. 286/98, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2) — Art. 10-*bis* d.Lgs. n. 286/98 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, comma 2 Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio «*nemo tenetur se detegere*»; violazione dell'art. 27, comma 3 della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena.

a) In relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal P.M., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo «*nemo tenetur se detegere*».

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi.

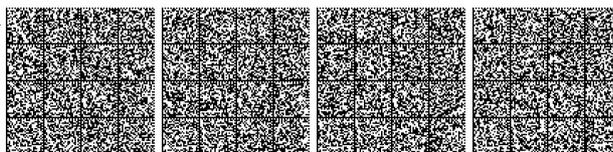
b) La violazione dell'art. 10-*bis* d.Lgs. n. 286/98 pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale.

Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere resipiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3) — Art. 62-*bis* d.Lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1 d.Lgs. n. 286/98. Violazione dell'art. 97, comma 1 Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis* d.Lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1 d.Lgs. n. 286/1998 qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 14, comma 1 del T.U. (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.



Senonchè il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'art. 13 e seguenti del T.U., mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di Pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di Pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del Questore, il secondo a cura del G.d.P. nelle forme degli articoli 20-*bis* e *ter* del d.Lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1 d.Lgs. n. 286/98 e 62-*bis* d.Lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il G.d.P. deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorquando acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal P.M., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il G.d.P. nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1 d.Lgs. n. 286/98 e 62-*bis* d.Lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16 comma 1 d.Lgs. n. 286/98;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.Lgs. n. 286/98;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione il gdp deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-*bis*, comma 5 d.Lgs. n. 286/98.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

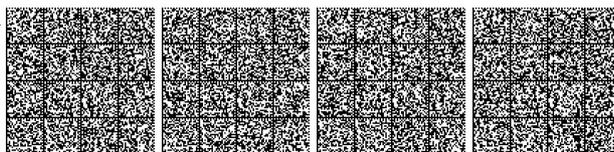
In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, comma 1 Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario. Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, d.Lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis, d.Lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.Lgs. n. 286/1998 in riferimento agli articoli 3, comma 1, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, comma 1 della Costituzione;

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, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2009

Il Giudice di pace: Cocco

10C0138

n. 59

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal Giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Halilovic Renato*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. *a*), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. *d*), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

Nel corso del processo a carico di Halilovic Renato, nato a Legnago (Verona) l'11 novembre 1982, imputato della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-*bis* del d.P.R. n. 286/98 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 16 settembre 2009 il P.M. avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-*bis*, 16, comma 1 del d.Lgs. n. 286/98, 62-*bis* del d.Lgs. n. 274/2000 e 1-*ter* della legge n. 102/09 per violazione degli articoli 3, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, comma 1 della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

Il giudicante sull'istanza proposta si riservava, disponendo il rinvio dell'udienza.

In apertura dell'odierna udienza sciogliendo la riserva ritiene il giudicante che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.Lgs. n. 286/98 e 62-*bis* del d.Lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24 comma 2, 27 comma 3 e 97 comma 1 della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.

1. — Art. 10-*bis* d.Lgs. n. 286/98 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili.



a) La disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'ammenda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.

Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art. 13 del d.Lgs. n. 286/98 assumono anche natura di illeciti penali.

Premesso che i principi dettati dall'art. 3 Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza C.C. n. 104/69); che il reato contestato all'odierno imputato è quello di soggiornare in Italia alla data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, conseguente a fatti preesistenti e non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analogha previsione contenuta dall'art. 13, comma 2, lett. b) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa.

b) Appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (art. 13, comma 12 T.U.) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (art. 14, comma 8 T.U.).

Inoltre non è stato neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo.

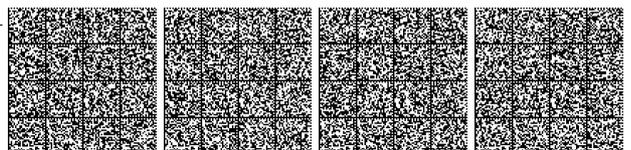
c) Sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto dalla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 14, comma 5-ter del T.U., per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede.

Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-ter commi 1 e 8 prevede un procedimento di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.

L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (art. 10, comma 2 Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di accoglienza



sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis* d.Lgs. n. 286/98, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2) — Art. 10-*bis* d.Lgs. n. 286/98 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, comma 2 Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio «*nemo tenetur se detegere*»; violazione dell'art. 27, comma 3 della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena.

a) In relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal P.M., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo «*nemo tenetur se detegere*».

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi.

b) La violazione dell'art. 10-*bis* d.Lgs. n. 286/98 pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale.

Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere resipiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3) — Art. 62-*bis* d.Lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1 d.Lgs. n. 286/98. Violazione dell'art. 97, comma 1 Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis* d.Lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1 d.Lgs. n. 286/1998 qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 14, comma 1 del T.U. (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.

Senonché il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'art. 13 e seguenti del T.U.,



mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di Pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di Pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del Questore, il secondo a cura del G.d.P. nelle forme degli articoli 20-*bis* e *ter* del d.Lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1 d.Lgs. n. 286/98 e 62-*bis* d.Lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il G.d.P. deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorché acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal P.M., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il G.d.P. nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1 d.Lgs. n. 286/98 e 62-*bis* d.Lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16 comma 1 d.Lgs. n. 286/98;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.Lgs. n. 286/98;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione il G.d.P. deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-*bis*, comma 5 d.Lgs. n. 286/98.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, comma 1 Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario.

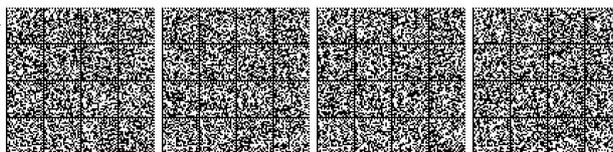
Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, d.Lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis, d.Lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.Lgs. n. 286/1998 in riferimento agli articoli 3, comma 1, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, comma 1 della Costituzione;

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, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2009

Il Giudice di pace: Cocco

10C0139

n. 60

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal Giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Budak Emrah*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. *a*), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. *d*), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

Nel corso del processo a carico di Budak Emrah, nato in Turchia il 3 febbraio 1987, imputato della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-*bis* del d.P.R. n. 286/1998 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 16 settembre 2009 il p.m. avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-*bis*, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998, 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000 e 1-*ter* della legge n. 102/2009 per violazione degli articoli 3, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, comma 1 della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

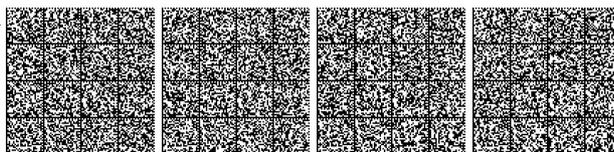
Il giudicante sull'istanza proposta si riservava, disponendo il rinvio dell'udienza.

In apertura dell'odierna udienza sciogliendo la riserva ritiene il giudicante che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24 comma 2, 27 comma 3 e 97 comma 1 della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.

1. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili.



a) La disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'ammenda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.

Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998 assumono anche natura di illeciti penali.

Premesso che i principi dettati dall'art. 3 Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza C.C. n. 104/1969); che il reato contestato all'odierno imputato è quello di soggiornare in Italia il giorno 9 agosto 2009, giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, conseguente a fatti preesistenti e non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analogia previsione contenuta dall'art. 13, comma 2, lettera b) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa.

b) Appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (art. 13, comma 12 T.U.) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (art. 14, comma 8 T.U.).

Inoltre non è stato neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo;

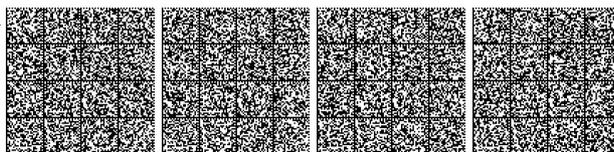
c) Sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotta dalla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 14, comma 5-ter del T.U., per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede.

Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-ter commi 1 e 8 prevede un procedimento di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.

L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (Art. 10, secondo comma Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di



accoglienza sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/98 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, secondo comma della Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio «*nemo tenetur se detegere*»; violazione dell'art. 27, terzo comma della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena.

a) In relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal p.m., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo «*nemo tenetur se detegere*».

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi.

b) La violazione dell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale.

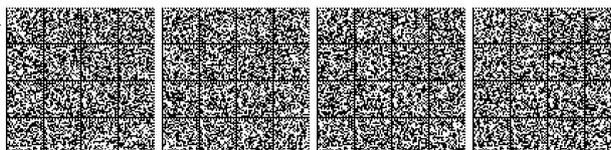
Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere resipiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3. — Art. 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1 d.lgs. n. 286/98. Violazione dell'art. 97, primo comma della Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 14, comma 1 del T.U. (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.

Senonché il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'art. 13 e seguenti del T.U.,



mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di Pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di Pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del Questore, il secondo a cura del g.d.p. nelle forme degli articoli 20-*bis* e *ter* del d.lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il g.d.p. deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorquando acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal p.m., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il g.d.p. nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16 comma 1, d.lgs. n. 286/1998;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione il g.d.p. deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-*bis*, comma 5 d.lgs. n. 286/1998.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, primo comma della Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario.

Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 in riferimento agli articoli 3, comma 1, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione;

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, comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2009

Il Giudice di pace: Cocco

10C0140

n. 61

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Buzdugan Ion*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. *a*), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. *d*), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

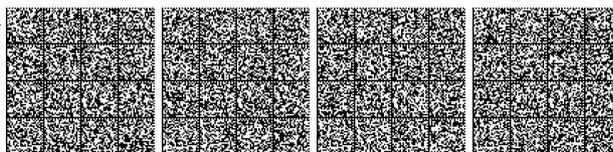
Nel corso del processo a carico di Buzdugan Ion, nato in Moldavia il 6 novembre 1977, imputato della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-*bis* del d.P.R. n. 286/1998 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 16 settembre 2009 il p.m. avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-*bis*, 16, comma 1, del d.lgs. n. 286/1998, 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000 e 1-*ter* della legge n. 102/2009 per violazione degli articoli 3, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

Il giudicante sull'istanza proposta si riservava, disponendo il rinvio dell'udienza.

In apertura dell'odierna udienza sciogliendo la riserva ritiene il giudicante che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.



1. — Art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili:

a) La disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'ammenda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.

Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998 assumono anche natura di illeciti penali. Premesso che i principi dettati dall'art. 3 della Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza C. C. n. 104/1969); che il reato contestato all'odierno imputato è quello di soggiornare in Italia alla data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, conseguente a fatti preesistenti e non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analogo previsione contenuta dall'art. 13, comma 2, lettera *b*) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa;

b) Appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (art. 13, comma 12 T.U.) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (art. 14, comma 8 T.U.).

Inoltre non è stato neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo a procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo;

c) Sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto dalla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 14, 5-*ter* del T.U., per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede.

Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-*ter* commi 1 e 8, prevede una procedura di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.



L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (art. 10, secondo comma Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di accoglienza sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/1998, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2. — Art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, secondo comma della Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio «*nemo tenetur se detegere*»; violazione dell'art. 27, terzo comma della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena:

a) In relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal p.m., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo «*nemo tenetur se detegere*».

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

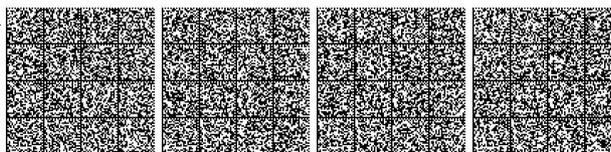
Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi.

b) La violazione dell'art.10-*bis*, d.lgs. n. 286/1998, pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale. Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere respiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3. — Art. 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998. Violazione dell'art. 97, primo comma della Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998, qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 14, comma 1 del T.U. (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.



Senonché il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'art. 13 e seguenti del T.U., mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti, l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del questore, il secondo a cura del g.d.p. nelle forme degli articoli 20-bis e ter, del d.lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/98 e 62-bis, d.lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il g.d.p. deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorquando acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal p.m., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il g.d.p. nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/98 e 62-bis, d.lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo, lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione, il g.d.p. deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-bis, comma 5, d.lgs. n. 286/1998.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice, l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare, si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, primo comma della Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario.

Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le nonne denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, d.lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998, in riferimento agli articoli 3, comma 1, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione;

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, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2009

Il giudice di pace: COCCO

10C0141

N. 62

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Halilovic Diana*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. *a*), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. *d*), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

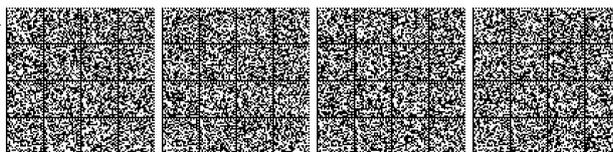
Nel corso del processo a carico di Halilovic Diana, nata a Civitanova Marche (Macerata) l'11 novembre 1982, imputata della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-*bis*, del d.P.R. n. 286/1998, perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 16 settembre 2009 il p.m. avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-*bis*, 16, comma 1, del d.lgs. n. 286/1998, 62-*bis*, del d.lgs. n. 274/2000 e 1-*ter*, della legge n. 102/2009, per violazione degli articoli 3, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

Il giudicante sull'istanza proposta si riservava, disponendo il rinvio dell'udienza.

In apertura dell'odierna udienza sciogliendo la riserva ritiene il giudicante che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1, del d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis*, del d.lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.



1. — Art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili:

a) La disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'ammenda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.

Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998 assumono anche natura di illeciti penali. Premesso che i principi dettati dall'art. 3 della Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza C. C. n. 104/1969); che il reato contestato all'odierna imputata è quello di soggiornare in Italia alla data di entrata in vigore della legge; che, ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, conseguente a fatti preesistenti e non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analogo previsione contenuta dall'art 13, comma 2, lettera *b*) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa;

b) Appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (art. 13, comma 12 T.U.) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (art. 14, comma 8 T.U.).

Inoltre non è stato neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo a procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo;

c) Sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto dalla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 14, 5-*ter* del T.U., per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede.

Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-*ter*, commi 1 e 8, prevede una procedura di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.



L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (art. 10, secondo comma della Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di accoglienza sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/1998, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2. — Art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, secondo comma della Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio «*nemo tenetur se detegere*»; violazione dell'art. 27, terzo comma della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena:

a) In relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal p.m., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo «*nemo tenetur se detegere*».

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

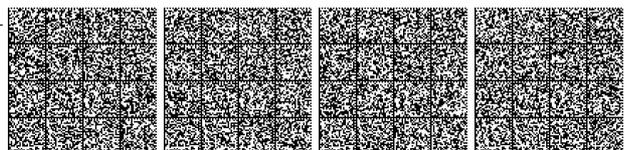
Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi.

b) La violazione dell'art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/1998, pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale. Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere respiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3. — Art. 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998. Violazione dell'art. 97, primo comma della Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis*, d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998, qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 14, comma 1 del T.U. (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.



Senonché il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'art. 13 e seguenti del T.U., mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti, l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del questore, il secondo a cura del g.d.p. nelle forme degli articoli 20-bis e *ter*, del d.lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 e 62-bis, d.lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il g.d.p. deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorquando acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal p.m., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il g.d.p. nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1, d.lgs. n. 286/98 e 62-bis, d.lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione, il g.d.p. deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-bis, comma 5, d.lgs. n. 286/1998.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice, l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, primo comma della Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario.

Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis, d.lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis, d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998, in riferimento agli articoli 3, comma 1, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione;

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, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2009

Il giudice di pace: Cocco

10C0142

N. 63

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal Giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Habid Elhach*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. *a*), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. *d*), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

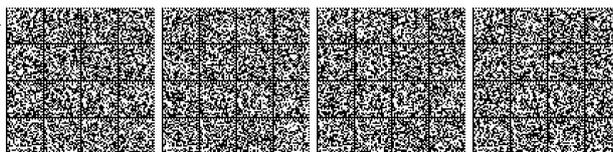
Nel corso del processo a carico di Abid Elhach, nato in Marocco il 1° gennaio 1977, imputato della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-*bis* del d.P.R. n. 286/1998 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 16 settembre 2009 il P.M. avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-*bis*, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998, 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000 e 1-*ter* della legge n. 102/2009 per violazione degli articoli 3, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

Il giudicante sull'istanza proposta si riservava, disponendo il rinvio dell'udienza.

In apertura dell'odierna udienza sciogliendo la riserva ritiene il giudicante che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art 10-*bis*, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24 comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.



1. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili:

a) la disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'ammenda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.

Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art 13 del d.lgs. n. 286/1998 assumono anche natura di illeciti penali.

Premesso che i principi dettati dall'art. 3 della Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza C.C. n. 104/1969); che il reato contestato all'odierno imputato è quello di soggiornare in Italia il giorno 8 agosto 2009, data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, conseguente a fatti preesistenti e non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analogo previsione contenuta dall'art. 13, comma 2, lettera b) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa;

b) appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato abnorme evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (Art. 13, comma 12 T.U.) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (Art. 14, comma 8 T.U.).

Inoltre non è stato neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo;

e) sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto dalla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 145-*ter* del T.U., per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede.

Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-*ter*, commi 1 e 8 prevede un procedura di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.

L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (Art. 10, secondo comma Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di



accoglienza sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, secondo comma della Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio «*nemo tenetur se detegere*»; violazione dell'art. 27, terzo comma della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena.

a) in relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal P.M., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo «*nemo tenetur se detegere*».

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi;

b) la violazione dell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale.

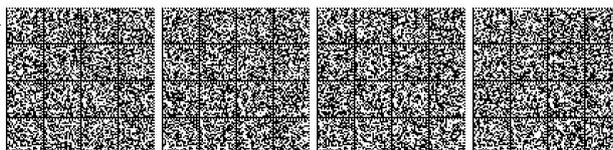
Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere risipiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3. — Art. 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998. Violazione dell'art. 97, primo comma della Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 14, comma 1 del T.U. (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.

Senonché il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'art. 13 e seguenti del T.U., mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.



Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di Pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di Pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del Questore, il secondo a cura del G.d.P. nelle forme degli articoli 20-*bis* e *ter* del d.lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il G.d.P. deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorquando acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal P.M., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il G.d.P. nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1 d.lgs. n. 286/98 e 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione il G.d.P. deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 286/1998.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, primo comma della Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario.

Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1, d.lgs. n. 286/1998 in riferimento agli articoli 3, comma 1, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, comma 1 della Costituzione;

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 i ministri, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2009

Il Giudice di pace: Cocco

10C0143

n. 64

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal Giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Chen Xiao Zhong*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. *a*), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. *d*), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

Nel corso del processo a carico di Chen Xiao Zhong, nato in Cina il 13 dicembre 1979, imputato della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-*bis* del d.P.R. n. 286/1998 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 21 ottobre 2009 il P.M. avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-*bis*, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998, 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000 e 1-*ter* della legge n. 102/2009 per violazione degli articoli 3, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

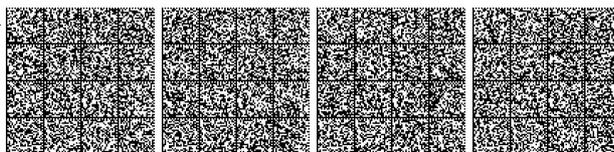
Il giudicante a seguito delle richieste formulate dalle parti ritiene che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art 10-*bis*, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24 comma 2, 27 comma 3 e 97 primo comma della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.

1. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili:

a) la disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'ammenda da 5.000,00 a 10.000,00 curo lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.



Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998 assumono anche natura di illeciti penali.

Premesso che i principi dettati dall'art. 3 della Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza C.C. n. 104/1969); che il reato contestato all'odierno imputato è quello di soggiornare in Italia alla data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, di per sé inoffensiva e conseguente a fatti preesistenti, non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analogia previsione contenuta dall'art. 13, comma 2, lett. b) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa;

b) appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (Art. 13, comma 12 T.U.) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (Art. 14, comma 8 T.U.).

Inoltre non è stato neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo;

c) sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto dalla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 14, comma 5-ter del T.U., per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede.

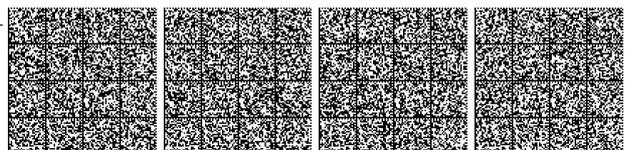
Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-ter, commi 1 e 8 prevede un procedura di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si procedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.

L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (Art. 10, secondo comma della Costituzione), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di accoglienza sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.

Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legi-



slatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, secondo comma della Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio «*nemo tenetur se detegere*»; violazione dell'art. 27, comma 3 della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena:

a) in relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal P.M., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo «*nemo tenetur se detegere*».

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi;

b) la violazione dell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale.

Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere resipiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3. — Art. 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998. Violazione dell'art. 97, primo comma della Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'articolo 14, comma 1 del T.U. (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.

Senonché il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'articolo 13 e seguenti del



T.U., mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di Pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di Pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del Questore, il secondo a cura del G.d.P. nelle forme degli articoli 20-*bis* e *ter* del d.lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il G.d.P. deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorché acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal P.M., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il G.d.P. nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 e 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16 comma 1 d.lgs. n. 286/1998;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione il G.d.P. deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-*bis*, comma 5 d.lgs. n. 286/1998.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, primo comma della Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario.

Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 in riferimento agli articoli 3, comma 1, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione;

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, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2009

Il Giudice di pace: Cocco

10C0144

N. 65

*Ordinanza del 21 ottobre 2009 emessa dal Giudice di pace di Bologna
nel procedimento penale a carico di Ahmed Jamil*

Straniero - Soggiorno illegale nel territorio dello Stato - Configurazione della fattispecie come reato - Disciplina - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento di situazioni analoghe - Parità di trattamento di situazioni diverse - Lesione del diritto di difesa - Violazione del principio della finalità rieducativa della pena - Contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. *a*), della legge 15 luglio 2009, n. 94) e 16, comma 1 (come modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009, n. 94); decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, art. 62-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 17, lett. *d*), della legge 15 luglio 2009, n. 94).
- Costituzione, artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, terzo comma, e 97, primo comma.

IL GIUDICE DI PACE

Nel corso del processo a carico di Ahmed Jamil, nato in Pakistan il 1° gennaio 1966, imputato della contravvenzione p.e.p. dall'art. 10-*bis* del d.P.R. n. 286/98 perché si tratteneva illegalmente nel territorio dello Stato, all'udienza del 21 ottobre 2009 il p.m. avanzava istanza di eccezione di illegittimità della normativa di cui agli articoli 10-*bis*, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/1998, 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000 e 1-*ter* della legge n. 102/2009 per violazione degli articoli 3, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione, cui si associava il difensore dell'imputato.

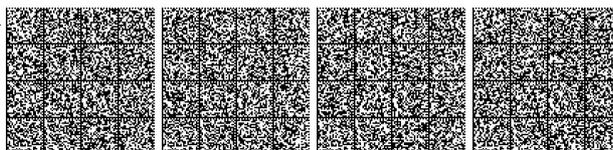
Il giudicante a seguito delle richieste formulate dalle parti ritiene che deve essere sollevata, per i motivi di seguito esposti, questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, limitatamente all'ipotesi di soggiorno illegale, 16, comma 1 del d.lgs. n. 286/98 e 62-*bis* del d.lgs. n. 274/2000, nel testo novellato dalla legge n. 94 del 5 luglio 2009, per contrasto con gli articoli 3, 24 comma 2, 27 comma 3 e 97, primo comma della Costituzione.

A parere del rimettente i dubbi di costituzionalità delle disposizioni censurate sono rilevanti nel presente giudizio, in quanto la sanzione da comminare all'imputato in ipotesi di riconoscimento di penale responsabilità dovrebbe essere determinata in applicazione delle disposizioni della cui legittimità costituzionale si dubita.

I medesimi dubbi sono parimenti non manifestamente infondati per le considerazioni che seguono.

1. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/98 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale) violazione dell'art. 3 della Costituzione: violazione del principio di ragionevolezza; violazione del principio di uguaglianza sia come necessità di disparità di trattamento per situazioni diverse, sia come necessità di parità di trattamento di situazioni simili:

a) La disposizione normativa in esame, entrata in vigore alle ore 00,00 del giorno 8 agosto 2009 punisce con l'ammenda da 5.000,00 a 10.000,00 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato.



Dalla data di entrata in vigore della norma pertanto gli stessi fatti già configurati come illeciti amministrativi dall'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998 assumono anche natura di illeciti penali.

Premesso che i principi dettati dall'art. 3 della Costituzione, benché riferiti ai cittadini devono intendersi estesi anche agli stranieri in quanto volti alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (sentenza C. C. n. 104/1969); che il reato contestato all'odierno imputato è quello di soggiornare in Italia alla data di entrata in vigore della legge; che ai fini del *tempus commissi delicti* nel nostro ordinamento risulta accolto il criterio della condotta, poiché è nel momento della condotta che il soggetto sceglie di porsi contro il dettato normativo e che la legge può esercitare su di lui la sua efficacia intimidatrice; che di conseguenza è in tale momento che il reato deve intendersi commesso in quanto il soggetto non deve sottostare a conseguenze più gravi di quelle che egli poteva attendersi dalla legge in vigore al momento in cui ha posto in essere l'azione punita; che opinando diversamente si avrebbe una inammissibile retroattività del precetto sanzionatorio, si osserva che ad avviso del rimettente la norma che punisce il soggiorno dello straniero, indipendentemente dalla data di ingresso in Italia senza prevedere un termine di allontanamento per lo straniero presente nel territorio nazionale prima dell'entrata in vigore della legge, pecca di irrazionalità, in quanto penalizza una posizione soggettiva, di per sé inoffensiva e conseguente a fatti preesistenti, non costituenti reato all'epoca in cui si sono realizzati.

Né la censura prospettata può ritenersi eliminata con richiamo alla preesistenza dell'analoga previsione contenuta dall'art. 13, comma 2, lettera *b*) del T.U., considerato che in questo caso lo straniero mentre era a conoscenza delle conseguenze amministrative della propria condotta ignorava gli effetti penali della stessa;

b) Appare altresì ingiustificata la parità di trattamento riservata allo straniero che soggiorni illegalmente dopo essersi introdotto nel territorio nazionale sapendo (quantomeno per presunzione legale) di compiere un atto punito penalmente, con un'azione commissiva totalmente libera ed autodeterminata ed allo straniero che trovandosi in Italia in data antecedente all'entrata in vigore della legge non poteva essere a conoscenza di commettere lo stesso reato. Con il risultato evidente di sanzionare allo stesso modo una condotta illegale ed una situazione di fatto realizzatasi nel passato e divenuta illegale solo per effetto dell'automatismo applicativo della norma, che non prevede termini né modalità per rimuovere la nuova situazione di illegalità.

È appena il caso di osservare che ai fini dell'allontanamento volontario dello straniero sotteso dalla disposizione censurata, non è stato previsto alcun tipo di intervento volto a consentire il rimpatrio per non incorrere nel reato punito, diversamente da quanto contemplato per gli allontanamenti coattivi, per i quali sono apprestate misure mirate al rinvio allo Stato di appartenenza ovvero quando ciò non sia possibile allo Stato di provenienza (Art. 13, comma 12 T.U.) e la stipula di convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri (Art. 14, comma 8 T.U.).

Inoltre non è stata neppure prevista la possibilità di sottrarsi alla condanna con l'allontanamento volontario, che non risulta previsto come causa di non luogo procedere diversamente da quanto stabilito per l'allontanamento coattivo;

c) Sotto altro profilo si rende manifesta l'ingiustificata difformità di trattamento peggiorativo introdotto dalla norma censurata rispetto alla disciplina di condotte analoghe e più gravi di cui all'art. 14, comma 5-*ter* del T.U., per le quali anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, l'applicazione della pena resta in ogni caso subordinata all'assenza del giustificato motivo del trattenimento nel territorio dello Stato, che la norma in esame invece non prevede. Un ulteriore motivo di patente disparità di trattamento per situazioni omogenee è costituita dalla introduzione recente della disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 102/2009.

La suddetta legge entrata in vigore in data 5 agosto 2009 in data precedente alla promulgazione della legge n. 94/2009, ma entrata in vigore in data successiva il giorno 8 agosto 2009, all'art. 1-*ter* commi 1 e 8 prevede una procedura di emersione limitata alla categoria dei lavoratori irregolari adibiti ad attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

La soluzione adottata dal legislatore per risolvere un problema sociale fortemente avvertito dalla collettività è stata quella di prevedere un regime di eccezione per i suddetti stranieri soggiornanti in modo irregolare, prevedendo che per loro soltanto non si precedesse penalmente nelle more della procedura di emersione.

L'opzione normativa conforme al dettato costituzionale, che rimette al legislatore di regolare la condizione giuridica dello straniero (Art. 10, secondo comma della Cost.), pone l'interrogativo se l'insindacabile discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'immigrazione con la conseguente possibilità di prevedere categorie di stranieri meritevoli di accoglienza sul territorio nazionale rispetto ad altre categorie, possa esercitarsi in forma ugualmente libera sul piano penale fino al punto di discriminare i soggetti sulla base della sola attività svolta.



Laddove si consideri che entrambi gli interventi normativi sono volti al controllo dei flussi migratori ed alla disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri in Italia e che il trattamento differenziato stabilito dal legislatore non trova in questo caso giustificazione nella peculiare rilevanza né nella particolarità degli interessi tutelati dall'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998, ad avviso del giudicante la risposta deve essere negativa e pertanto in contrasto con il parametro costituzionale di riferimento.

2. — Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/98 (limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale). Violazione dell'art. 24, secondo comma della Costituzione, lesione del diritto di difesa per contrasto con il principio «*nemo tenetur se detegere*»; violazione dell'art. 27, terzo comma della Costituzione, lesione delle finalità rieducative della pena:

a) In relazione ai profili di incostituzionalità sopra riportati della norma in esame, si condividono e si fanno proprie le argomentazioni svolte dal p.m., nelle quali si evidenzia che lo straniero che si trovava in Italia in modo irregolare alle 00,00 del giorno 8 agosto 2009 ha ricevuto direttamente dalla legge un ordine di allontanamento senza indicazioni di come eseguirlo legalmente.

Per conformarsi al dettato normativo lo straniero irregolare dovrebbe (avrebbe dovuto) uscire clandestinamente, mentre era compito del legislatore indicare forme di allontanamento senza per questo autodenunciarsi secondo il brocardo «*nemo tenetur se detegere*».

Non va trascurato che la norma si rivolge a soggetti che non si trovano nelle condizioni materiali per adempiere spontaneamente all'allontanamento per mancanza di documenti, mezzi finanziari e possibilità di rivolgersi ad un vettore regolare per far ritorno in patria e che nelle predette condizioni di impossibilità di raggiungere il paese di origine, per ottemperare alla norma dovrebbero fare ingresso illegale in altri Stati.

Il legislatore nell'emanare un precetto penale deve presumere presente nella platea dei destinatari una parte intenzionata ad adempiere, per evitare la sanzione penale comminata.

Operando diversamente, come nel caso in esame, il legislatore si espone nella censura di incostituzionalità non lasciando ai suoi destinatari alcuna possibilità di ottemperare al dettato normativo.

Si richiama in proposito che in sede di innovazioni alla normativa in tema di detenzione/porto d'armi con la legge n. 895/1967 si stabilì all'art. 8 la non punibilità per coloro che entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge e comunque prima di un eventuale accertamento del reato, consegnavano spontaneamente le armi;

b) La violazione dell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 pur essendo formalmente sanzionato con l'ammenda, prescrive che il giudice una volta accertata la commissione del reato debba applicare in via automatica la sanzione sostitutiva della espulsione dello straniero dal territorio nazionale. Ne discende all'evidenza che la nuova figura di reato non è rivolta, con la previsione dell'applicazione di una pena criminale (ammenda) a determinare una condotta virtuosa del reo, né una volta applicata ad ottenere respiscenza, recupero o risocializzazione del reo, bensì preordinata all'unico risultato di ottenere l'espulsione in sede penale dello straniero.

Poiché il ricorso improprio al magistero penale per giungere ad un risultato eminentemente amministrativo rappresenta una forma di amministrativizzazione del diritto penale anziché di tutela, deve ritenersi che il legislatore abbia superato il limite costituzionale nella configurazione del nuovo illecito penale munito di pena sprovvista di qualsiasi funzione educativa.

3. — Art. 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e art. 16, comma 1 d.lgs. n. 286/98. Violazione dell'art. 97, primo comma della Costituzione per contrasto con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione esteso anche alla giurisdizione.

In applicazione degli articoli 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 qualsiasi tipo di pronuncia nel giudizio in esame, pur in presenza di un rito snello ed estremamente semplificato, resta subordinata alla verifica della sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 14, comma 1 del T.U. (accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità dello straniero, acquisizione di documenti per il viaggio, disponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto), che laddove sussistenti comporterebbero una condanna all'ammenda (di scarsa deterrenza nei confronti dei destinatari generalmente privi di mezzi per farvi fronte), laddove insussistenti o ad una pronuncia di non luogo a procedere o all'espulsione in via sostitutiva, prevista come sbocco ordinario del processo nelle intenzioni del legislatore.

Senonché il risultato perseguito dal legislatore deve ritenersi frustrato in partenza laddove si consideri che il nuovo procedimento si aggiunge e si intreccia con il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'art. 13 e seguenti del T.U.,



mantenuto in vita per consentire l'effettivo controllo e la repressione del fenomeno dell'immigrazione illegale, che va indubbiamente efficacemente contrastata.

Per cui con l'introduzione delle nuove norme nei confronti dello stesso straniero, una volta che l'Autorità di Pubblica sicurezza che riveste anche la qualità di Pubblico ufficiale, accerti la condizione di soggiornante illegale si aprono contestualmente ed automaticamente due distinti procedimenti l'uno amministrativo e l'altro penale. Il primo destinato a sfociare nel provvedimento prefettizio di espulsione, da eseguirsi a cura del Questore, il secondo a cura del g.d.p. nelle forme degli articoli 20-*bis* e *ter* del d.lgs. n. 274/2000 e destinato a sfociare nelle intenzioni del legislatore di norma alla decisione applicativa della sanzione sostitutiva della espulsione in applicazione degli articoli 16, comma 1 d.lgs n. 286/1998 e 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000.

Il secondo tuttavia resta subordinato al primo in quanto vi è la previsione esplicita della prevalenza della espulsione amministrativa rispetto al processo penale, tant'è che il g.d.p. deve dichiarare sempre non luogo a procedere allorché acquisisce notizia dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa.

Ne consegue come puntualizzato dal p.m., con argomenti che si condividono e si fanno propri, che il sistema normativo licenziato dal legislatore è inficiato da una sorta di corto circuito in quanto:

di norma il g.d.p. nel caso di condanna dovrebbe applicare la sanzione sostitutiva della espulsione, come prevedono gli articoli 16, comma 1 d.lgs. n. 286/98 e 62-*bis* d.lgs. n. 274/2000;

ma per fare questo lo straniero deve essere in condizione di subire sin da subito l'accompagnamento coattivo alla frontiera, come previsto dall'art. 14, comma 1 e 16 comma 1 d.lgs. n. 286/1998;

qualora si tratti di uno straniero nelle condizioni di cui al punto che precede, il questore deve aver già provveduto al suo accompagnamento alla frontiera in esecuzione del già emesso provvedimento prefettizio di espulsione, come prevedono gli articoli 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998;

qualora vi sia stata già l'esecuzione in sede amministrativa della espulsione il g.d.p. deve dichiarare non luogo a procedere anche a processo iniziato, come previsto dall'art. 10-*bis*, comma 5 d.lgs. n. 286/1998.

Corollario del suddetto meccanismo processuale è che l'applicazione della pena sostitutiva dell'espulsione in sede penale risulta inevitabilmente paralizzata e inapplicabile.

In relazione a quanto precede ad avviso di questo giudice l'instaurazione del sistema del doppio binario con la duplicazione in sede penale della medesima procedura già esistente in sede amministrativa, rivolta in via principale al medesimo risultato finale dell'espulsione dello straniero irregolare si pone in contrasto con il principio del buon andamento di cui all'art. 3, primo comma della Costituzione, non solo per quanto attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, ma anche per quanto attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ufficio giudiziario.

Posto infatti che nelle disposizioni in esame il problema dei rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo è stato risolto con l'applicazione di entrambe le norme penali ed amministrative, ma con subordinazione delle prime alle seconde al fine di evitare il cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, lo svolgimento, in tempi strettissimi ed in un numero imprevedibile, dei procedimenti volti all'espulsione in sede penale siccome interdipendenti con i contestuali procedimenti amministrativi instaurati nei confronti degli stessi soggetti, comporta:

per un verso inevitabilmente un ritardo nello svolgimento degli altri processi penali di cognizione ordinaria di questo giudice e sulla durata ragionevole degli stessi;

per altro verso uno sconvolgimento dell'assetto organizzativo dell'ufficio con assorbimento abnorme delle risorse assegnate per attendere ai compiti istituzionali;

in entrambi i casi un condizionamento dell'organizzazione dell'ufficio e dell'esercizio della attività giurisdizionale dovuto al separato, prevalente e parallelo svolgimento delle procedure volte all'applicazione delle sanzioni amministrative.

In conclusione ad avviso di questo giudice le norme denunciate alterano il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, già connotato da squilibri, sproporzioni e disarmonie denunciate con la sentenza n. 22/2007, rendendone necessaria la verifica di compatibilità con i principi costituzionali indicati a riferimento.



P. Q. M.

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

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998, limitatamente alla ipotesi di soggiorno illegale e degli articoli 62-bis d.lgs. n. 274/2000 e 16, comma 1 d.lgs. n. 286/1998 in riferimento agli articoli 3, comma 1, 24, comma 2, 27, comma 3 e 97, primo comma della Costituzione;

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, comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Bologna, addì 21 ottobre 2009

Il Giudice di pace: Cocco

10C0145

ITALO ORMANNI, *direttore*

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

(GU-2010-GUR-010) Roma, 2010 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. - S.



MODALITÀ PER LA VENDITA

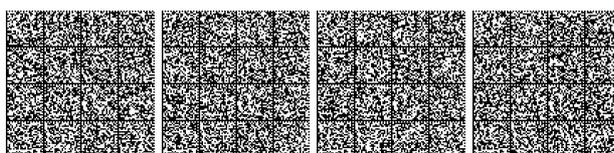
La «Gazzetta Ufficiale» e tutte le altre pubblicazioni dell'Istituto sono in vendita al pubblico:

- **presso l'Agenzia dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. in ROMA, piazza G. Verdi, 10 - ☎ 06 85082147;**
- **presso le librerie concessionarie riportate nell'elenco consultabile sul sito www.ipzs.it, al collegamento rete di vendita (situato sul lato destro della pagina).**

L'Istituto conserva per la vendita le Gazzette degli ultimi 4 anni fino ad esaurimento. Le richieste per corrispondenza potranno essere inviate a:

Funzione Editoria - U.O. DISTRIBUZIONE
Attività Librerie concessionarie, Vendita diretta e Abbonamenti a periodici
Piazza Verdi 10, 00198 Roma
fax: 06-8508-4117
e-mail: editoriale@ipzs.it

avendo cura di specificare nell'ordine, oltre al fascicolo di GU richiesto, l'indirizzo di spedizione e di fatturazione (se diverso) ed indicando i dati fiscali (codice fiscale e partita IVA, se titolari) obbligatori secondo il DL 223/2007. L'importo della fornitura, maggiorato di un contributo per le spese di spedizione, sarà versato in contanti alla ricezione.






GAZZETTA UFFICIALE
 DELLA REPUBBLICA ITALIANA

CANONI DI ABBONAMENTO ANNO 2010 (salvo conguaglio) (*)

GAZZETTA UFFICIALE - PARTE I (legislativa)

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

N.B.: L'abbonamento alla GURI tipo A, A1, F, F1 comprende gli indici mensili
Integrando con la somma di € 80,00 il versamento relativo al tipo di abbonamento alla **Gazzetta Ufficiale** - parte prima - prescelto, si riceverà anche l'**Indice Repertorio Annuale Cronologico per materie anno 2010**.

CONTO RIASSUNTIVO DEL TESORO

Abbonamento annuo (incluse spese di spedizione) € **56,00**

PREZZI DI VENDITA A FASCICOLI

(Oltre le spese di spedizione)

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

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

PARTE I - 5ª SERIE SPECIALE - CONTRATTI ED APPALTI

(di cui spese di spedizione € 127,00)

(di cui spese di spedizione € 73,20)

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

GAZZETTA UFFICIALE - PARTE II

(di cui spese di spedizione € 39,40)

(di cui spese di spedizione € 20,60)

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

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

I.V.A. 20% inclusa € 1,00

RACCOLTA UFFICIALE DEGLI ATTI NORMATIVI

Abbonamento annuo

Abbonamento annuo per regioni, province e comuni - SCONTO 5%

Volume separato (oltre le spese di spedizione)

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

€ 18,00

€ **190,00**

€ **180,50**

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

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

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

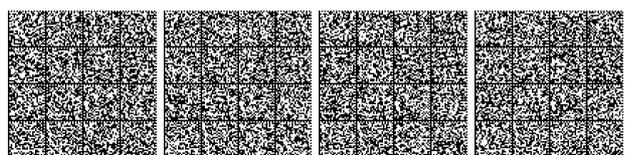
ABBONAMENTI UFFICI STATALI

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

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









€ 10,00

