1ª SERIE SPECIALE

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

Anno 152° - Numero 9

GAZZETTA UFFICIALE

DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PARTE PRIMA **Roma - Mercoledì, 23 febbraio 2011** SI PUBBLICA IL MERCOLEDÌ

DIREZIONE E REDAZIONE PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - UFFICIO PUBBLICAZIONE LEGGI E DECRETI - VIA ARENULA 70 - 00186 ROMA
AMMINISTRAZIONE PRESSO L'ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO - VIA SALARIA 1027 - 00138 ROMA - CENTRALINO 06-85081 - LIBRERIA DELLO STATO
VIA PRINCIPE UMBERTO 4, 00185 ROMA

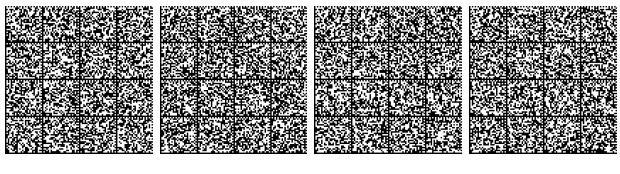
AVVISO AL PUBBLICO

Si comunica che il punto vendita Gazzetta Ufficiale sito in Piazza G. Verdi 10 è stato trasferito temporaneamente nella sede di via Principe Umberto 4, 00185 Roma

AVVISO AGLI ABBONATI

Si rammenta che la campagna per il rinnovo degli abbonamenti per l'annata 2011 è terminata il 30 gennaio e che la sospensione degli invii agli abbonati, che entro tale data non hanno corrisposto i relativi canoni, avrà effetto nelle prossime settimane.

CORTE COSTITUZIONALE



SOMMARIO

SENTENZE ED ORDINANZE DELLA CORTE

N. **52.** Sentenza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Sanità pubblica - Impiego pubblico - Norme della Regione Toscana - Riconoscimento della "Fondazione Toscana Gabriele Monasterio per la ricerca medica e di sanità pubblica" quale ente di diritto pubblico - Inquadramento del personale, già assunto dalla Fondazione, nei ruoli del servizio sanitario regionale a seguito della trasformazione dell'ente in soggetto di diritto pubblico, previo superamento di concorso riservato, in assenza di procedura selettiva pubblica - Violazione del principio del pubblico concorso quale regola generale per l'accesso all'impiego presso pubbliche amministrazioni - Illegittimità costituzionale.

– Legge della Regione Toscana 29 dicembre 2009, n. 85, art. 6, comma 2.
– Costituzione, artt. 3 e 97. . . . . *Pag.* 1

N. **53.** Sentenza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Appalti pubblici - Norme della Regione Lombardia - Appalti «sotto soglia» relativi alla fornitura di beni prodotti in serie e di servizi a carattere periodico ovvero di natura intellettuale - Controllo sull'esecuzione del contratto - Introduzione di una speciale procedura, consistente, in alternativa all'ordinario collaudo o alla verifica di conformità, in un «attestato di regolare esecuzione» rilasciato dal responsabile unico del procedimento ovvero dal dirigente della struttura destinataria della fornitura - Invasione della competenza legislativa statale esclusiva in materia di ordinamento civile - Illegittimità costituzionale *in parte qua*.

– Legge della Regione Lombardia 5 febbraio 2010, n. 7, art. 8, comma 1, lett. *r)*, nella parte in cui sostituisce l'art. 20, comma 3, della legge regionale 19 maggio 1997, n. 14.
– Costituzione, art. 117, secondo comma, lett. *l)*; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 120, comma 1; d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, art. 325. . . . . *Pag.* 6

N. **54.** Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Giustizia amministrativa - Controversie attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica - Devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Ritenuta violazione dei principi sul riparto della giurisdizione ordinaria ed amministrativa - Questione già dichiarata non fondata e, successivamente, manifestamente infondata - Manifesta infondatezza.

– D.l. 23 maggio 2008, n. 90 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123), art. 4.
– Costituzione, art. 103, primo comma.. . . . . *Pag.* 10

N. **55.** Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Reati e pene - Circostanze aggravanti comuni - Previsione quale circostanza aggravante del fatto commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza, di offensività, di colpevolezza e della finalità rieducativa della pena, nonché asserita lesione del principio di non discriminazione tra le persone in ragione della loro nazionalità o cittadinanza e del diritto alla libertà personale - Sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma censurata - Questioni divenute prive di oggetto - Manifesta inammissibilità.

– Cod. pen., art. 61, n. 11-*bis*, introdotto dall'art. 1, lett. *f)*, del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 24 luglio 2008, n. 125.
– Costituzione, artt. 3, 10, primo comma, 13, 25, secondo comma, e 27, commi primo e terzo; Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 14; XII protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 1; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, artt. 20 e 21; Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, artt. 2, primo comma, e 14, primo comma; Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, artt. 2, primo comma, e 7. . . . . *Pag.* 13

N. **56.** Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Ordinamento penitenziario - Detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione - Adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi - Limitazione della permanenza all'aperto ad una durata non superiore a due ore al giorno - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza e della necessaria finalizzazione rieducativa della pena, nonché asserita lesione del diritto alla salute - Carenza di motivazione sulla rilevanza e di pregiudizialità - Manifesta inammissibilità delle questioni.

– Legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f)*, come modificato dall'art. 2, comma 25, lett. *f)*, n. 3, della legge 15 luglio 2009, n. 94.
– Costituzione, artt. 3, primo e secondo comma, 27, terzo comma, e 32, primo comma. . . . *Pag.* 20

N. **57.** Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Appalti pubblici - Norme della Regione Siciliana modificative ed integrative della disciplina regionale in materia di appalti - Criteri di aggiudicazione - Aggiudicazione ed esecuzione di lavori, servizi e forniture in caso di ricorso amministrativo e/o giudiziario - Ricorso del Commissario dello Stato per la Regione Siciliana - Intervenuta promulgazione della delibera legislativa con omissione di tutte le disposizioni oggetto di censura - Questioni divenute prive di oggetto - Cessazione della materia del contendere.

– Delibera legislativa della Regione Siciliana 13 luglio 2010, n. 568, artt. 3, comma 1, lett. *d)*, *e)*, *f)* e *g)*, e 4, commi 5, 6, 7 e 8.
– Costituzione, art. 117, secondo comma, lett. *e)*; Statuto della Regione Siciliana, art. 14, lett. *g)*; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, artt. 11, commi 9, 10, 10-*bis* e 10-*ter*, 86 e 87, comma 2, lett. *g)*; d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, art. 7, comma 1, lett. *e)*; direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, art. 55. . . . . *Pag.* 25

N. **58.** Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Ferrovie - Servizi ferroviari di interesse locale - Attribuzione alla competenza delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano, anche in attesa dell'adozione delle norme di attuazione degli statuti, con relativo trasferimento di risorse - Ricorso della Regione Valle d'Aosta - Sopravvenuta adozione, in ossequio alle procedure statutarie, delle norme di attuazione in materia di trasporto ferroviario - Rinuncia al ricorso formalmente accettata dalla controparte costituita - Estinzione del processo.

– Legge 23 luglio 2009, n. 99, art. 63.
– Costituzione, art. 117, quarto comma; Statuto speciale della Regione Valle d'Aosta, art. 48-*bis*; d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, artt. 1, comma 3, e 9; norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, art. 23. . . . . *Pag.* 28

N. **59.** Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Straniero - Espulsione amministrativa del genitore non avente cittadinanza europea, già destinatario di un provvedimento ablativo o limitativo della potestà sul figlio minore ai sensi degli artt. 330 e 333 cod. civ. - Obbligo dell'autorità procedente di chiedere il nulla osta al Tribunale per i minorenni, prima di eseguire l'espulsione - Mancata previsione - Denunciata lesione dei diritti inviolabili del minore e dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali - Difetto di rilevanza - Manifesta inammissibilità della questione.

– D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 13, comma 3.

– Costituzione, artt. 2, 10, secondo comma, 30, secondo comma, e 117, primo comma; Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino, art. 9; Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 8. . . . . *Pag.* 30

ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. **3.** Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 27 gennaio 2011 (del Presidente del Consiglio dei ministri)

Bilancio e contabilità pubblica - Norme della Regione Sardegna - Contenimento spesa pubblica - Patto di stabilità territoriale - Comunicazione degli enti locali al Ministero dell'economia degli elementi informativi occorrenti per la verifica del mantenimento dell'equilibrio dei saldi di finanza pubblica - Previsione del termine del 30 settembre di ciascun anno e in via transitoria, per il 2010, termine di sette giorni dall'entrata in vigore della legge regionale - Contrasto con le disposizioni nazionali sulle scadenze entro le quali deve essere effettuata la rimodulazione e la conseguente comunicazione degli obiettivi dei singoli enti locali al Ministero dell'economia - Lamentato ostacolo al perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza legislativa statale nella materia concorrente del coordinamento della finanza pubblica, violazione dell'obbligo di osservanza dei vincoli comunitari, esorbitanza dalle competenze statutarie, violazione del principio dell'unità economica della Repubblica.

– Legge della Regione Sardegna 19 novembre 2010, n. 16, art. 6.

– Costituzione, artt. 117, commi primo e terzo, 119, comma secondo, e 120, comma secondo; Statuto della Regione Sardegna, art. 3, comma 1, lett. *b)*, Titolo III; decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133, art. 77-*ter*; decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, in legge 9 aprile 2009, n. 33, art. 7-*quater*, comma 7. . . . . *Pag.* 35

N. **4.** Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 1º febbraio 2011 (del Presidente del Consiglio dei ministri)

Gioco e scommesse - Norme della Provincia di Bolzano - Disciplina dei giochi pubblici con vincita in denaro - Lamentata invasione del ruolo riservato allo Stato nella materia del gioco lecito - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza statale esclusiva in materia di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza.

– Legge della Provincia di Bolzano 22 novembre 2010, n. 13, art. 1, che inserisce l'art. 5-*bis* nella legge della Provincia di Bolzano 13 maggio 1992, n. 13, e art. 2, che inserisce il comma 1-*bis* nell'art. 11 della legge della Provincia di Bolzano 14 dicembre 1988, n. 58.

– Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. *h)*; decreto legislativo 14 aprile 1948, n. 496; decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, art. 38; decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, art. 12. . *Pag.* 37

N. **30.** Ordinanza della Corte di cassazione del 26 novembre 2010

Processo penale - Misure cautelari personali - Custodia cautelare - Termini di durata - Computo - Pluralità di ordinanze per fatti connessi - Decorrenza dei termini dalla prima ordinanza nelle ipotesi in cui per i fatti contestati nella prima ordinanza l'imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato, prima dell'adozione della seconda misura - Preclusione, nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione - Violazione del principio di ragionevolezza, del principio che riserva alla legge la durata dei termini di custodia preventiva e del principio di non colpevolezza sino alla condanna definitiva.

– Codice di procedura penale, art. 297, comma 3.

– Costituzione, artt. 3, 13, comma quinto, e 27, comma secondo. . . . . *Pag.* 40

N. **31.** Ordinanza del Tribunale di Salerno del 20 ottobre 2010

Processo penale - Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica - Responsabilità amministrativa da reato - Notificazioni all'ente - Prevista validità delle notificazioni eseguite mediante consegna al legale rappresentante, anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo - Violazione del principio di ragionevolezza - Contrasto con la direttiva di cui all'art. 11, lett. *q)*, della legge delega n. 300 del 2000 - Violazione dei principi del giusto processo - Violazione del diritto all'informazione, alla effettiva partecipazione al processo e alla difesa, garantiti anche dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

– Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, art. 43, comma 2.

– Costituzione, artt. 3, 24, 76 (in relazione all'art. 11, comma 1, lett. *q)*, della legge 29 settembre 2000, n. 300), 111 e 117, primo comma (in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia diritti dell'uomo e libertà fondamentali). . . . . *Pag.* 43

N. **32.** Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio del 20 dicembre 2010

Giustizia amministrativa - Primi referendari e referendari dei Tribunali amministrativi regionali in servizio alla data di entrata in vigore della legge censurata - Previsione della conservazione, all'atto della nomina a Consigliere di Stato, dell'anzianità acquisita nella qualifica di consigliere di Tribunale amministrativo regionale, nel limite di cinque anni - Ingiustificato trattamento di privilegio dei primi referendari e referendari in servizio alla predetta data rispetto ai consiglieri entrati in servizio successivamente.

– Legge 27 aprile 1982, n. 186, art. 23, comma 5.

– Costituzione, art. 3. . . . . *Pag.* 53

N. **33.** Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio del 13 dicembre 2010

Giustizia amministrativa - Primi referendari e referendari dei Tribunali amministrativi regionali in servizio alla data di entrata in vigore della legge censurata - Previsione della conservazione, all'atto della nomina a Consigliere di Stato, dell'anzianità acquisita nella qualifica di consigliere di Tribunale amministrativo regionale, nel limite di cinque anni - Ingiustificato trattamento di privilegio dei primi referendari e referendari in servizio alla predetta data rispetto ai consiglieri entrati in servizio successivamente.

– Legge 27 aprile 1982, n. 186, art. 23, comma 5.

– Costituzione, art. 3. . . . . *Pag.* 63

SENTENZE ED ORDINANZE DELLA CORTE

N. **52**

Sentenza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Sanità pubblica - Impiego pubblico - Norme della Regione Toscana - Riconoscimento della "Fondazione Toscana Gabriele Monasterio per la ricerca medica e di sanità pubblica" quale ente di diritto pubblico - Inquadramento del personale, già assunto dalla Fondazione, nei ruoli del servizio sanitario regionale a seguito della trasformazione dell'ente in soggetto di diritto pubblico, previo superamento di concorso riservato, in assenza di procedura selettiva pubblica - Violazione del principio del pubblico concorso quale regola generale per l'accesso all'impiego presso pubbliche amministrazioni - Illegittimità costituzionale.

– Legge della Regione Toscana 29 dicembre 2009, n. 85, art. 6, comma 2.

– Costituzione, artt. 3 e 97.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Ugo DE SIERVO;

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

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 2, della legge della Regione Toscana 29 dicembre 2009, n. 85 (Riconoscimento della «Fondazione Toscana Gabriele Monasterio per la ricerca medica e di sanità pubblica» come ente di diritto pubblico), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 4-9 marzo 2010, depositato in cancelleria il 10 marzo 2010 ed iscritto al n. 40 del registro ricorsi 2010.

Visto l'atto di costituzione della Regione Toscana;

Udito nell'udienza pubblica dell'11 gennaio 2011 il giudice relatore Alfio Finocchiaro;

Uditi l'avvocato dello Stato Daniela Giacobbe per il Presidente del Consiglio dei ministri e l'avvocato Lucia Bora per la Regione Toscana.

Ritenuto in fatto

1. – Con ricorso notificato il 4 marzo 2010 e depositato presso la cancelleria di questa Corte il successivo 10 marzo (reg. ric. n. 40 del 2010), il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 2, della legge della Regione Toscana 29 dicembre 2009, n. 85 (Riconoscimento della «Fondazione Toscana Gabriele Monasterio per la ricerca medica e di sanità pubblica» come ente di diritto pubblico), nella parte in cui prevede l'espletamento di un concorso riservato per l'accertamento della idoneità e per l'inquadramento nei ruoli del servizio sanitario regionale a favore del personale della Fondazione di diritto privato Gabriele Monasterio che non sia stato assunto con procedura selettiva pubblica.

Tale disposizione, nella quale peraltro – osserva il ricorrente – non viene specificata la tipologia di personale interessata, si porrebbe in contrasto con i principi di uguaglianza, buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, nonché con il principio del pubblico concorso, di cui agli articoli 3 e 97 della Costituzione.

Al riguardo – si afferma nel ricorso – la giurisprudenza della Corte costituzionale ha evidenziato che il principio del pubblico concorso costituisce la regola per l'accesso all'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e che le deroghe a tale principio possono essere giustificate soltanto da peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico: principio, codesto, ribadito proprio nella materia in esame e, più precisamente, con riferimento all'accesso tramite concorso pubblico alla dirigenza sanitaria del servizio sanitario.

La norma in questione pone una evidente deroga al suindicato principio, senza individuare – ritiene il ricorrente – le ragioni di interesse pubblico poste a suo fondamento. Sarebbe, pertanto, evidente l'incostituzionalità della norma sotto i profili considerati.

2. – Si è costituita nel giudizio la Regione Toscana concludendo per la infondatezza della questione.

Premesso che la Fondazione Gabriele Monasterio, istituita – con legge della Regione Toscana 21 giugno 2006, n. 25 (Istituzione della Fondazione Toscana Gabriele Monasterio per la ricerca medica e di sanità pubblica) – come fondazione di diritto privato, è stata sostanzialmente equiparata già dalla stessa legge ai soggetti pubblici che costituiscono il servizio sanitario regionale, come poi espressamente confermato, con disposizione meramente dichiarativa, dalla legge regionale n. 85 del 2009, la Regione assume che la Fondazione ha operato dapprima avvalendosi di personale proveniente essenzialmente dall'Azienda USL 1 di Massa Carrara, dall'Azienda ospedaliera pisana e dal C.N.R., collocato in posizione di comando, provvedendo, poi, all'assunzione diretta di alcune unità di personale. Pertanto – rileva la Regione – la Fondazione, avendo acquisito, ai sensi della legge regionale n. 85 del 2009, personalità giuridica di diritto pubblico, dovrà dotarsi di personale appartenente ai ruoli del Servizio sanitario regionale. Il personale pubblico dipendente delle aziende sanitarie in posizione di comando potrà essere trasferito, previa opzione, nel ruolo della Fondazione, e quello dipendente del C.N.R., sempre in posizione di comando, in possesso dei titoli per l'accesso al Servizio sanitario nazionale, potrà godere della medesima facoltà di opzione, mentre il restante personale assunto dalla Fondazione che ha in corso un rapporto di diritto privato non potrà transitare con le medesime modalità, né potrà essere licenziato dalla Fondazione, essendo i relativi contratti di lavoro a tempo indeterminato.

Conseguentemente, la Fondazione si troverebbe ad essere titolare di due diverse tipologie di rapporto di lavoro nei confronti del personale appartenente al proprio organico ed impegnato nelle medesime attività, con ripercussioni sulla efficienza organizzativa e funzionale della Fondazione e sul diritto dei dipendenti alla parità di trattamento nella evoluzione del rapporto di lavoro. Per tali ragioni è stata emanata la norma in questione, in quanto il concorso riservato persegue l'obiettivo di procedere ad una trasformazione del rapporto di lavoro di una parte del personale, a trattamento giuridico ed economico invariato, facendo in ogni caso salvo il principio della procedura selettiva di cui all'art. 97 Cost.

Peraltro – aggiunge la Regione – il ricorso a tale procedura riservata assume un carattere del tutto residuale, in quanto la maggior parte del personale della Fondazione già appartiene al Servizio sanitario regionale o al C.N.R., oppure ha superato un'apposita procedura selettiva pubblica.

In definitiva, secondo la Regione Toscana, le previsione di cui alla norma censurata sarebbe intesa a tutelare peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico, consistenti nella necessità di garantire, attraverso un modello organizzativo funzionale, il buon andamento e la continuità dei servizi sanitari, altamente specialistici, assicurati dall'Ente in questione, evitando che personale adibito a medesimi compiti abbia formalmente posizioni non uguali. Del resto, la indizione di un concorso pubblico con riserva di posti per il personale con rapporto di lavoro privato sarebbe stata impossibile ad organico invariato, essendo attualmente coperti tutti i posti, mentre un aumento dell'organico sarebbe stato in contrasto con il fabbisogno della Fondazione, e ne avrebbe pregiudicato l'equilibrio finanziario. Inoltre, la mancata previsione del concorso riservato avrebbe comportato il rischio concreto di una diffusa conflittualità all'interno della Fondazione.

Ciò posto, secondo la Regione Toscana, il ricorso sarebbe infondato alla luce della giurisprudenza costituzionale, che, nell'affermare la regola generale del concorso pubblico quale forma di reclutamento nel pubblico impiego, ha rilevato la possibilità di deroghe ad essa in presenza di particolari ragioni giustificatrici, esistenti nel caso di specie per quanto sopra evidenziato.

3. – Nell'imminenza della data fissata per la pubblica udienza, l'Avvocatura generale dello Stato ha depositato una memoria con la quale ribadisce le conclusioni già rassegnate, insistendo per la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma censurata. In particolare, si esclude nella memoria la validità delle ragioni addotte dalla Regione Toscana a giustificazione della deroga apportata con la norma censurata alla regola del pubblico concorso. Infatti – si osserva – se la stessa norma afferma che lo scopo del concorso riservato è quello di accertare l'idoneità di coloro che sono stati assunti alle dipendenze della Fondazione in assenza di una procedura selettiva, questa può essere valutata anche a seguito di concorso pubblico, in quanto, in caso di espletamento di procedura riservata, i soggetti dei quali non venisse accertata la idoneità si troverebbero nella stessa situazione di coloro che in una procedura pubblica risultassero non vincitori, a meno di non ritenere che, in caso di concorso riservato, tutti i candidati risultino, alla fine, in possesso dei requisiti richiesti.

Quanto alla disparità di trattamento tra dipendenti della Fondazione paventata dalla Regione, si rileva nella memoria che la perequazione tra le posizioni dei dipendenti avrebbe l'effetto di determinare una più grave disparità a favore di coloro che sono stati assunti in assenza di una procedura pubblica rispetto a coloro che hanno avuto accesso alle medesime qualifiche a seguito del superamento di un concorso.

Considerato in diritto

1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri dubita della legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, della legge della Regione Toscana 29 dicembre 2009, n. 85 (Riconoscimento della «Fondazione Toscana Gabriele Monasterio per la ricerca medica e di sanità pubblica» come ente di diritto pubblico), nella parte in cui prevede l'espletamento di un concorso riservato per l'accertamento della idoneità e per l'inquadramento nei ruoli del servizio sanitario regionale a favore del personale della Fondazione Gabriele Monasterio che non sia stato assunto con procedura selettiva pubblica, per violazione dei principi di uguaglianza, buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione e della regola del pubblico concorso per l'accesso all'impiego alle dipendenze di pubbliche amministrazioni (articoli 3 e 97 della Costituzione).

1.1. – Il ricorrente premette alcune considerazioni sulla detta Fondazione.

La Fondazione era stata istituita dalla stessa Regione Toscana con la legge regionale 24 febbraio 2006, n. 25 (Istituzione della Fondazione Toscana Gabriele Monasterio per la ricerca medica e di sanità pubblica), poi abrogata dall'art. 7 della legge regionale n. 85 del 2009, come ente di diritto privato, anche se, per certi aspetti, il relativo regime (approvazione dello statuto da parte del Consiglio regionale, su proposta della giunta regionale secondo le indicazioni contenute nel piano sanitario regionale 2005-2007: art. 2; funzioni di indirizzo e controllo esercitate dalla Regione: art. 3; concorso della Regione alla costituzione del fondo di dotazione iniziale della fondazione e contributo annuo di gestione da parte della stessa Regione: art. 4; partecipazione della Fondazione alle attività del servizio sanitario regionale come presidio ospedaliero specialistico, remunerazione delle attività assistenziali svolte a favore del servizio sanitario regionale secondo la disciplina prevista per il finanziamento delle aziende ospedaliero-universitarie: art. 3-*bis*) e le stesse finalità della Fondazione di potenziare i rapporti tra il servizio sanitario regionale e il C.N.R. e l'Università degli studi, per la gestione e lo sviluppo delle attività di assistenza sanitaria e di ricerca (art. 1), in qualche misura anticipavano i caratteri della natura giuridica pubblica dell'ente quale poi riconosciuta dalla legge n. 85 del 2009. E proprio tale rilievo pubblicistico, come espressamente affermato nel preambolo della legge da ultimo citata, ha reso necessario l'adeguamento della sua natura giuridica, operato dall'art. 1 della legge regionale n. 85 del 2009, che riconosce la fondazione come ente di diritto pubblico. Il successivo art. 2 inquadra la Fondazione nell'ambito del servizio sanitario regionale, mentre gli artt. 3 e 4 prevedono rispettivamente l'adeguamento dello statuto e gli adempimenti conseguenti al riconoscimento della Fondazione come ente di diritto pubblico. L'art. 5 disciplina poi il trattamento giuridico ed economico del personale dipendente della Fondazione, estendendo ad esso quello previsto per i dipendenti del servizio sanitario regionale, mentre l'art. 6 detta le disposi-

zioni di prima applicazione per tale personale. In particolare, il comma 1 del citato art. 6 stabilisce che il personale che, alla data di entrata in vigore della legge, è dipendente della Fondazione con rapporto di lavoro a tempo indeterminato viene inquadrato nei ruoli del servizio sanitario regionale purché sia in possesso dei titoli previsti per l'accesso e sia stato assunto a seguito di apposita procedura selettiva pubblica. Il censurato comma 2 dispone che, in assenza di procedura selettiva pubblica di assunzione, detto personale è inquadrato nei ruoli del servizio sanitario regionale previo superamento di concorso riservato per l'accertamento della idoneità, da espletarsi secondo la normativa concorsuale vigente.

Sostiene il Presidente del Consiglio dei ministri che la norma censurata, dianzi illustrata, si porrebbe in contrasto con i principi di uguaglianza, buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, nonché con il principio del pubblico concorso, di cui agli articoli 3 e 97 della Costituzione, derogabile solo per ragioni di interesse pubblico, nella specie non individuabili.

1.2. – La Regione Toscana ha fatto presente che la Fondazione ha operato, prima del riconoscimento quale ente di diritto pubblico, avvalendosi di personale proveniente essenzialmente dall'Azienda USL 1 di Massa Carrara, dall'Azienda ospedaliera pisana e dal C.N.R., collocato in posizione di comando, provvedendo, poi, all'assunzione diretta di alcune unità di personale. Oggi, dopo che, a seguito dell'acquisizione della personalità giuridica di diritto pubblico, essa è tenuta a dotarsi di personale appartenente ai ruoli del Servizio sanitario regionale, il personale pubblico dipendente delle aziende sanitarie in posizione di comando potrà essere trasferito, previa opzione, nel ruolo della Fondazione, e quello dipendente del C.N.R., sempre in posizione di comando, in possesso dei titoli per l'accesso al Servizio sanitario nazionale, potrà godere della medesima facoltà di opzione, mentre il restante personale assunto dalla Fondazione, che ha in corso un rapporto di diritto privato, non potrà transitare con le medesime modalità, né potrà essere licenziato dalla Fondazione, trattandosi di contratti di lavoro a tempo indeterminato.

Conseguentemente, il personale appartenente all'organico della Fondazione, impegnato nelle medesime attività, sarebbe legato alla stessa da diversi tipi di rapporto di lavoro, con ricadute sulla efficienza organizzativa e funzionale della Fondazione e sul diritto dei dipendenti alla parità di trattamento nella evoluzione del rapporto di lavoro, e con rischio di elevata conflittualità.

In definitiva, secondo la Regione Toscana, le peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico che presiedono alla scelta del legislatore regionale censurata dal ricorrente consisterebbero nella necessità di garantire, attraverso un modello organizzativo funzionale, il buon andamento e la continuità dei servizi sanitari, altamente specialistici, assicurati dall'Ente, evitando che personale adibito a medesimi compiti abbia formalmente posizioni non uguali.

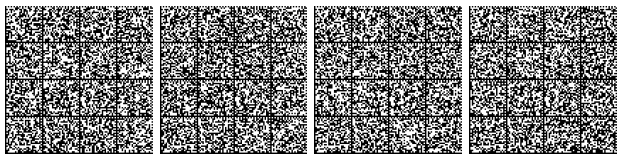
2. – La questione è fondata.

2.1. – L'esame della censura deve necessariamente muovere dalla individuazione della portata della regola del concorso pubblico per l'accesso all'impiego alle dipendenze di pubbliche amministrazioni (art. 97 Cost.).

Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato che la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle (*ex plurimis*: sentenze n. 195, n. 150 e n. 100 del 2010, n. 293 del 2009).

In tale quadro, questa Corte ha altresì escluso la legittimità di arbitrarie restrizioni alla partecipazione alle procedure selettive, chiarendo che al concorso pubblico deve riconoscersi un ambito di applicazione ampio, tale da non includere soltanto le ipotesi di assunzione di soggetti precedentemente estranei alle pubbliche amministrazioni, ma anche i casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio e quelli di trasformazione di rapporti non di ruolo, e non instaurati *ab origine* mediante concorso, in rapporti di ruolo (sentenze. n. 150 del 2010, n. 293 del 2009, n. 205 del 2004).

Si è sottolineato, insomma, nella giurisprudenza costituzionale, che il principio del pubblico concorso, pur non essendo incompatibile, nella logica dell'agevolazione del buon andamento della pubblica amministrazione, con la previsione per legge di condizioni di accesso intese a consentire il consolidamento di pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione, tuttavia non tollera, salvo circostanze del tutto eccezionali, la riserva integrale dei posti disponibili in favore di personale interno.



È stata, in particolare, ritenuta insufficiente a giustificare la deroga la semplice circostanza che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività a tempo determinato presso l'amministrazione (sentenza n. 205 del 2006), come pure la personale aspettativa degli aspiranti ad una misura di stabilizzazione (sentenza n. 81 del 2006).

Selezioni caratterizzate da una arbitraria forma di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi sono state ritenute in contrasto con il principio costituzionale di cui si tratta anche in caso di trasformazione di un rapporto contrattuale a tempo indeterminato in rapporto di ruolo (sentenze n. 190 del 2005, n. 205 del 2004). In definitiva, è stato affermato che l'estensione del regime giuridico proprio dell'impiego di ruolo a coloro che erano, precedentemente all'inquadramento, legati con l'amministrazione da un rapporto di diritto privato, nonché l'equiparazione a tutti gli effetti del servizio reso in tale veste a quello prestato nell'ambito di un rapporto di pubblico impiego, risulta in contrasto con il principio di imparzialità, risolvendosi in un ingiustificato privilegio, rispetto alla posizione di coloro che siano stati assunti dall'origine a seguito di regolare concorso pubblico.

Le argomentazioni addotte dalla Regione Toscana non forniscono una valida ragione della deroga, disposta dal legislatore regionale, al principio del pubblico concorso quale regola generale per l'accesso all'impiego alle dipendenze di pubbliche amministrazioni. Esse appaiono, piuttosto, orientate all'interesse del singolo soggetto, già assunto a tempo indeterminato dalla Fondazione, all'epoca ente di diritto privato, con contratto privatistico, alla stabilizzazione alle dipendenze dell'ente trasformatosi in ente di diritto pubblico. Ma un siffatto interesse non appare idoneo ad assurgere, alla stregua della richiamata giurisprudenza costituzionale in materia, al rango di «peculiare e straordinaria ragione di interesse pubblico» tale da legittimare la deroga alla regola del pubblico concorso per l'accesso all'impiego pubblico.

Del resto, la stessa norma censurata afferma espressamente che il concorso riservato è finalizzato ad accertare l'idoneità di coloro che sono stati assunti alle dipendenze della Fondazione in assenza di una procedura selettiva. Ebbene, a meno di non ritenere – come rileva il ricorrente – che, in caso di concorso riservato, tutti i candidati debbano comunque risultare, alla fine, in possesso dei requisiti richiesti, la situazione nella quale i soggetti già alle dipendenze della Fondazione verrebbero a trovarsi in caso di espletamento di procedura riservata non è dissimile da quella che si determinerebbe per effetto di un concorso pubblico, potendo essi anche nel primo caso risultare non idonei: con la differenza che, nella seconda ipotesi, risulta garantito l'interesse pubblico ad una selezione dei candidati migliori.

Sulla base degli esposti principi deve, quindi, affermarsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, della legge della Regione Toscana, n. 85 del 2009, per violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, della legge della Regione Toscana 29 dicembre 2009, n. 85 (Riconoscimento della «Fondazione Toscana Gabriele Monasterio per la ricerca medica e di sanità pubblica» come ente di diritto pubblico).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 febbraio 2011.

Il Presidente: DE SIERVO

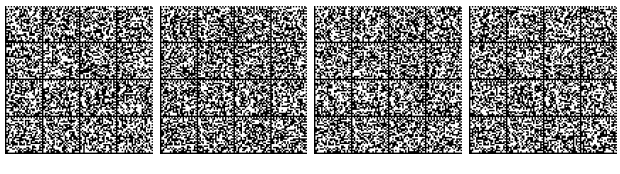
Il redattore: FINOCCHIARO

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 18 febbraio 2011.

Il cancelliere: FRUSCELLA

11C0115



N. **53**

Sentenza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Appalti pubblici - Norme della Regione Lombardia - Appalti «sotto soglia» relativi alla fornitura di beni prodotti in serie e di servizi a carattere periodico ovvero di natura intellettuale - Controllo sull'esecuzione del contratto - Introduzione di una speciale procedura, consistente, in alternativa all'ordinario collaudo o alla verifica di conformità, in un «attestato di regolare esecuzione» rilasciato dal responsabile unico del procedimento ovvero dal dirigente della struttura destinataria della fornitura - Invasione della competenza legislativa statale esclusiva in materia di ordinamento civile - Illegittimità costituzionale *in parte qua*.

– Legge della Regione Lombardia 5 febbraio 2010, n. 7, art. 8, comma 1, lett. *r)*, nella parte in cui sostituisce l'art. 20, comma 3, della legge regionale 19 maggio 1997, n. 14.
– Costituzione, art. 117, secondo comma, lett. *l)*; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 120, comma 1; d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, art. 325.

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, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 8, comma 1, lettera *r)*, della legge della Regione Lombardia 5 febbraio 2010, n. 7 (Interventi normativi per l'attuazione della programmazione regionale e di modifica ed integrazione di disposizioni legislative – Collegato ordinamentale 2010), che ha sostituito l'articolo 20, comma 3, della legge della Regione Lombardia 19 maggio 1997, n. 14 (Disciplina dell'attività contrattuale della Regione e degli enti del sistema regionale elencati all'allegato A della legge regionale 27 dicembre 2006, n. 30 «Disposizioni legislative per l'attuazione del documento di programmazione economico-finanziaria regionale, ai sensi dell'articolo 9-*ter* della legge regionale 31 marzo 1978, n. 34, recante "Norme sulle procedure della programmazione, sul bilancio e sulla contabilità della Regione" – Collegato 2007», in materia di acquisizione di forniture e servizi), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato l'8 aprile 2010, depositato in cancelleria il successivo 15 aprile ed iscritto al n. 59 del registro ricorsi 2010.

Visto l'atto di costituzione della Regione Lombardia;

Udito nell'udienza pubblica del 25 gennaio 2011 il giudice relatore Alfonso Quaranta;

Uditi l'avvocato dello Stato Giacomo Aiello per il Presidente del Consiglio dei ministri e l'avvocato Marcello Cardi per la Regione Lombardia.

Ritenuto in fatto

1. — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato l'art. 8, comma 1, lettera *r)*, della legge della Regione Lombardia 5 febbraio 2010, n. 7 (Interventi normativi per l'attuazione della programmazione regionale e di modifica ed integrazione di disposizioni legislative – Collegato ordinamentale 2010), per asserita violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera *l)*, della Costituzione.

La norma censurata – sostituendo l'art. 20 della legge regionale 19 maggio 1997, n. 14 (Disciplina dell'attività contrattuale della Regione e degli enti del sistema regionale elencati all'allegato A della legge regionale 27 dicembre 2006, n. 30 «Disposizioni legislative per l'attuazione del documento di programmazione economico-finanziaria regionale, ai sensi dell'articolo 9-*ter* della legge regionale 31 marzo 1978, n. 34, recante "Norme sulle procedure della programmazione, sul bilancio e sulla contabilità della Regione" – Collegato 2007», in materia di acquisizione di forniture e servizi) – prevede, al novellato comma 3, che, per gli appalti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 28, comma 1, lettere *a)* e *b)*, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), «le forniture di beni prodotti in serie e di servizi a carattere periodico» nonché i «servizi di natura intellettuale, il collaudo e la verifica di conformità possono essere sostituiti da un attestato di regolare esecuzione rilasciato dal RUP ovvero dal dirigente della struttura destinataria della fornitura o del servizio».

Tale norma si porrebbe in contrasto con quanto prescritto dall'art. 120 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Nella prospettiva del ricorrente, la disposizione impugnata sarebbe costituzionalmente illegittima, in quanto invaderebbe la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile (art. 117, secondo comma, lettera *l)*, Cost.). Nel ricorso si deduce, infatti, che il collaudo attiene alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale nell'ambito della quale l'amministrazione non agisce come autorità, ma nell'esercizio della sua autonomia negoziale in posizione di tendenziale parità con la controparte.

L'Avvocatura dello Stato, osserva, inoltre, che l'art. 4 del d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce chiaramente che spetta allo Stato la disciplina della stipulazione ed esecuzione dei contratti, fase nella quale sono espressamente ricompresi «la direzione dell'esecuzione ed il collaudo».

Sul punto, viene richiamata la giurisprudenza costituzionale e in particolare le sentenze n. 45 del 2010, n. 160 del 2009 e n. 411 del 2008.

Infine, si sottolinea come la circostanza che le disposizioni impugnate si applichino ai soli appalti sotto-soglia non sarebbe idonea ad elidere il contrasto con il parametro costituzionale evocato, atteso che la Corte ha già affermato, con le citate sentenze, che, ai fini della individuazione della competenza statale, non rileva il dato quantitativo relativo al valore economico del contratto.

2. — Si è costituita in giudizio la Regione Lombardia rilevando che, se è pur vero che la disciplina dell'esecuzione dei contratti di appalto e, nello specifico, il collaudo, rientra nell'ambito materiale dell'ordinamento civile, ciò non significa «una presunzione assoluta di competenza statale, occorrendo comunque procedere ad un'indagine in concreto circa la sussistenza o meno di una violazione di competenze sotto tale profilo». Infatti, «negli appalti a dimensione regionale» la Regione avrebbe una competenza in materia di organizzazione amministrativa.

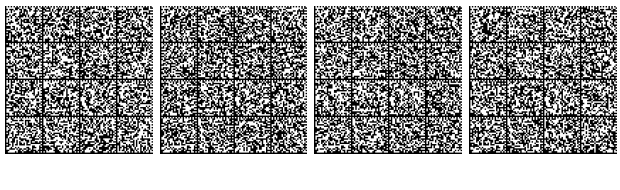
In particolare, la norma impugnata non si porrebbe in contrasto con l'art. 120 del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale, con una disciplina non puntuale, impone «per i servizi e le forniture, soltanto che sia comunque prevista una qualche forma di verifica delle prestazioni eseguite; per gli appalti di servizi e forniture sottosoglia, poi, tale verifica può seguire anche forme semplificate».

La disposizione censurata si porrebbe in linea con la disciplina statale, in quanto – nell'esercizio della sua competenza in materia di organizzazione amministrativa – la Regione ha soltanto introdotto la facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere forme semplificate di verifica di conformità. Si osserva come si tratterebbe di affidamenti che oggettivamente non necessiterebbero di particolari formalità di collaudo, in quanto la norma riguarda soltanto forniture di beni prodotti in serie e servizi a carattere periodico, nonché servizi di natura intellettuale.

Viene osservato, inoltre, che anche nel settore degli appalti di lavori, l'art. 141 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che, nel caso di lavori di importo sino a 500.000 euro, il certificato di collaudo è sostituito da quello di regolare esecuzione; per i lavori di importo superiore, ma non eccedente l'importo di un milione di euro, è in facoltà del soggetto appaltante di sostituire il certificato di collaudo con quello di regolare esecuzione.

La difesa dello Stato ha pure osservato che la «bozza» (era tale al momento del deposito dell'atto di costituzione) del regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici contiene una norma analoga a quella impugnata. In particolare, l'art. 325, comma 1, stabilisce che la verifica di conformità di tutti i contratti di servizi e forniture sotto-soglia può essere sostituita da «un'attestazione di regolare esecuzione emessa dal direttore dell'esecuzione e confermata dal responsabile del procedimento».

D'altronde, si osserva che il decreto del Presidente della Repubblica 20 agosto 2001, n. 384 (Regolamento di semplificazione dei procedimenti di spese in economia) stabilisce, sempre nell'ottica della semplificazione, che per gli affidamenti sotto-soglia si può procedere alternativamente o al collaudo o all'attestazione di regolare esecuzione.



3. — Nell'imminenza dell'udienza pubblica la Regione Lombardia ha depositato una memoria con la quale ha ribadito le argomentazioni già contenute nell'atto di costituzione, aggiungendo che è stato, medio tempore, emanato il decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2010, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»), il quale, in attuazione dell'art. 120 del suddetto Codice, ha previsto che «qualora la stazione appaltante per le prestazioni contrattuali di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 28, comma 1, lettere *a)* e *b)*, del Codice, non ritenga necessario conferire l'incarico di verifica di conformità, si dà luogo ad un'attestazione di regolare esecuzione emessa dal direttore dell'esecuzione e confermata dal responsabile del procedimento».

Ne consegue, secondo la difesa regionale, che, alla luce della nuova normativa, per tutti gli appalti di servizi e forniture e non solo per quelli "standardizzati", contemplati dalla legge regionale in esame, è possibile che l'attestazione di regolare esecuzione sia rilasciata con modalità esecutive semplificate dal direttore dell'esecuzione e confermata dal responsabile del procedimento.

Si aggiunge che la norma regionale non disciplina direttamente la verifica di conformità/collaudo, ma si limita a stabilire modalità organizzative semplificate della relativa procedura, stabilendo che essa possa essere facoltativamente svolta in caso di appalti "standardizzati" direttamente dal responsabile del procedimento o dal dirigente della struttura destinataria della fornitura o del servizio. In tali casi, non ci sarebbe bisogno di un «collaudatore "terzo" in quanto la verifica di conformità è scevra da attività tecnico-valutative e consiste unicamente nella verifica dello svolgimento delle attività appaltate».

Infine, la difesa della Regione deduce l'inammissibilità per genericità del ricorso, in quanto il ricorrente si sarebbe limitato a dedurre l'invasione di competenze statali ed il contrasto con il Codice degli appalti pubblici, senza indicare puntualmente le ragioni che determinerebbero in concreto l'asserita violazione dei parametri costituzionali evocati.

Considerato in diritto

1. — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha proposto questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lettera *r)*, della legge della Regione Lombardia 5 febbraio 2010, n. 7 (Interventi normativi per l'attuazione della programmazione regionale e di modifica ed integrazione di disposizioni legislative - Collegato ordinamentale 2010), che ha sostituito l'articolo 20, comma 3, della legge regionale 19 maggio 1997, n. 14 (Disciplina dell'attività contrattuale della Regione e degli enti del sistema regionale elencati all'allegato A della legge regionale 27 dicembre 2006, n. 30 «Disposizioni legislative per l'attuazione del documento di programmazione economico-finanziaria regionale, ai sensi dell'articolo 9-*ter* della legge regionale 31 marzo 1978, n. 34, recante "Norme sulle procedure della programmazione, sul bilancio e sulla contabilità della Regione" – Collegato 2007», in materia di acquisizione di forniture e servizi), per asserita violazione del parametro costituzionale dell'ordinamento civile, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *l)*, Cost.

1.1. — Il citato comma 3 dell'art. 20 – in relazione agli appalti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 28, comma 1, lettere *a)* e *b)*, decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) – che per determinate forniture di beni prodotti in serie e di servizi a carattere periodico, o di natura intellettuale, il collaudo e la verifica di conformità possano essere sostituiti da un attestato di regolare esecuzione rilasciato dal responsabile unico del procedimento ovvero dal dirigente della struttura destinataria della fornitura del servizio.

Secondo il ricorrente, tale norma violerebbe l'evocato parametro costituzionale, in quanto – ritenendo sufficiente in sostituzione del collaudo un mero attestato di regolare esecuzione – disciplinerebbe in maniera diversa dall'art. 120 del citato d.lgs. n. 163 del 2006 un profilo afferente alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale di appalto.

2. — La questione è fondata.

2.1. — La giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che, nel settore degli appalti pubblici, la fase che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale è disciplinata da norme che devono essere ascritte all'ambito materiale dell'ordinamento civile. Ciò in quanto, in tale fase, l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale (*ex multis*, sentenza n. 401 del 2007). Con riferimento alla disciplina del collaudo, pertanto, le Regioni sono tenute ad applicare la normativa statale e ad adeguarsi alla disciplina dettata dallo Stato per tutto quanto attiene alla fase di esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture. Questo non

significa, tuttavia, che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, in particolare, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva.

3. — Ciò posto, occorre stabilire, ai fini della risoluzione della questione di costituzionalità sollevata con il ricorso, se – come ritenuto dal ricorrente – la norma impugnata sia invasiva della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella suddetta materia dell'ordinamento civile, con conseguente violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera *l)*, Cost.

A questo scopo è necessario partire dall'esame della disciplina dettata dallo Stato, con il Codice dei contratti pubblici, in tema di collaudo dei lavori, dei servizi e delle forniture.

Al riguardo, l'art. 120, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 ha stabilito che «per i contratti relativi a servizi e forniture il regolamento determina le modalità di verifica della conformità delle prestazioni eseguite a quelle pattuite con criteri semplificati per quelli di importo inferiore alla soglia comunitaria». Il comma 2, a sua volta, estende tale disciplina al settore dei lavori, prevedendo che per i relativi contratti «il regolamento disciplina il collaudo con modalità ordinarie e semplificate, in conformità a quanto previsto dal presente codice».

La legge regionale ora impugnata è stata adottata in epoca precedente alla emanazione del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»), con il quale, come si vedrà, è stata data attuazione alla suindicata disciplina. La citata legge regionale, con il censurato art. 8, comma 1, lettera *r)*, ha previsto, come già sottolineato, che «per gli appalti di importo inferiore alle soglie» comunitarie, «per le forniture di beni prodotti in serie e di servizi a carattere periodico, nonché per i servizi di natura intellettuale, il collaudo e la verifica di conformità possano essere sostituiti da un attestato di regolare esecuzione rilasciato dal RUP ovvero dal dirigente della struttura destinataria della fornitura o del servizio».

Tale normativa regionale è costituzionalmente illegittima per invasione dell'ambito materiale dell'ordinamento civile riservato esclusivamente allo Stato, in quanto essa disciplina un settore, quello del collaudo e della verifica di regolarità dell'esecuzione dei contratti di lavori, forniture e servizi, che rientra specificamente nella suddetta competenza legislativa. E ciò indipendentemente dalla conformità o meno della normativa regionale alla sopravvenuta disciplina regolamentare adottata dallo Stato con il citato d.P.R. n. 207 del 2010.

Ma anche a voler valutare il contenuto della normativa regionale in rapporto con quella dettata dal regolamento governativo, risulta che essa è dissonante anche da quest'ultima e non per profili meramente organizzativi.

Il predetto regolamento, con l'art. 325, ha previsto che, qualora la stazione appaltante per le prestazioni contrattuali di importo inferiore alle soglie comunitarie non ritenga necessario conferire l'incarico di verifica di conformità, «si dà luogo ad un'attestazione di regolare esecuzione emessa dal direttore dell'esecuzione e confermata dal responsabile del procedimento».

Rispetto a tale disposizione, la normativa regionale, censurata con il ricorso, diverge in due punti significativi, in quanto: *a)* rispetto alla formula adoperata dal regolamento governativo, restringe l'area delle forniture e dei servizi per i quali sono previste le modalità semplificate di verifica della conformità della prestazione; *b)* rispetto alla previsione del rilascio dell'attestato di regolare esecuzione da parte di due soggetti che cooperano tra loro (il direttore dell'esecuzione, che predispone l'attestato, e il responsabile del procedimento, che ne dispone la conferma), dando luogo all'adozione di un atto complesso, la norma regionale dispone che detta attestazione di regolare esecuzione sia rilasciata dal responsabile unico del procedimento o, in alternativa, dal dirigente della struttura destinataria della fornitura o del servizio.

Si tratta di elementi di differenziazione tra la disciplina statale e quella regionale che confermano la violazione, ad opera della normativa impugnata, della sfera di competenza statale esclusiva prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera *l)*, Cost.

Né può ritenersi che le suindicate differenziazioni di disciplina possano essere ascritte a profili meramente organizzativi, per i quali la giurisprudenza di questa Corte (citata sentenza n. 401 del 2007) ha riconosciuto la sussistenza della competenza legislativa delle Regioni. Perché, infatti, operi detta competenza è necessario che si verta in tema di aspetti attinenti specificamente all'organizzazione interna degli apparati amministrativi e tecnici regionali, deputati a svolgere funzioni inerenti alla stipulazione dei contratti o alla realizzazione delle opere; circostanze, queste, per certo non rinvenibili nella specie.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lettera r)*, della legge della Regione Lombardia 5 febbraio 2010, n. 7 (Interventi normativi per l'attuazione della programmazione regionale e di modifica ed integrazione di disposizioni legislative - Collegato ordinamentale 2010), nella parte in cui ha sostituito l'art. 20, comma 3, della precedente legge regionale 19 maggio 1997, n. 14 (Disciplina dell'attività contrattuale della Regione e degli enti del sistema regionale elencati all'allegato A della legge regionale 27 dicembre 2006, n. 30 «Disposizioni legislative per l'attuazione del documento di programmazione economico-finanziaria regionale, ai sensi dell'articolo 9-*ter *della legge regionale 31 marzo 1978, n. 34, recante "Norme sulle procedure della programmazione, sul bilancio e sulla contabilità della Regione" - Collegato 2007», in materia di acquisizione di forniture e servizi).*

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 febbraio 2011.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: QUARANTA

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 18 febbraio 2011.

Il cancelliere: FRUSCELLA

11C0108

N. **54**

Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Giustizia amministrativa - Controversie attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica - Devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Ritenuta violazione dei principi sul riparto della giurisdizione ordinaria ed amministrativa - Questione già dichiarata non fondata e, successivamente, manifestamente infondata - Manifesta infondatezza.

– D.l. 23 maggio 2008, n. 90 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123), art. 4.
– Costituzione, art. 103, primo 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, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 4 del 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), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123, promosso dal Tribunale ordinario di Torre Annunziata – sezione distaccata di Gragnano – nel procedimento vertente tra il Comune di S. Antonio Abate e il Comune di Gragnano ed altri con ordinanza del 28 aprile 2009, iscritta al n. 209 del registro ordinanze 2010 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 28, 1ª serie speciale, dell'anno 2010.

Udito nella camera di consiglio del 26 gennaio 2011 il giudice relatore Alfonso Quaranta.

Ritenuto che il Tribunale ordinario di Torre Annunziata – sezione distaccata di Gragnano – con ordinanza del 28 aprile 2009 ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del 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), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123, per violazione dell'art. 103, primo comma, della Costituzione;

che il giudice remittente premette che il ricorrente Consorzio Comune di S. Antonio Abate aveva convenuto in giudizio i Comuni di Lettere, Gragnano e S. Maria La Carità al fine di ripetere da ciascuno di essi la somma dovuta a seguito di un debito contratto dai predetti Comuni, «per il tramite» del ricorrente, nei confronti della società Sistem box s.a.s. di Abagnale Anna & c. e con la società l'Igiene Urbana s.r.l. nell'ambito di una attività, descritta nel dettaglio nell'ordinanza, volta alla individuazione di un nuovo sito destinato allo smaltimento dei rifiuti;

che, secondo il ricorrente, la norma in esame – attribuendo tutte le controversie, comunque attinenti alla complessiva gestione dei rifiuti, ivi comprese quelle nascenti da comportamenti, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – impedirebbe al Tribunale stesso di decidere la controversia;

che il remittente osserva che, nel caso in esame, non sarebbe possibile optare per una interpretazione della norma conforme a Costituzione, in quanto la disposizione censurata consentirebbe una sola interpretazione (costituzionalmente incompatibile); altrimenti, il giudice non opererebbe più nei limiti di una legittima interpretazione conforme, bensì si arrogherebbe un potere («quello di disapplicare una disposizione di legge per l'illegittimità costituzionale della stessa») che non gli compete;

che, alla luce di tali rilevi, il remittente ritiene che l'art. 4 in questione, utilizzando l'espressione «comunque» e ricomprendendo nel proprio campo di applicazione anche i comportamenti, avrebbe un carattere omnicomprensivo e generale, operando la devoluzione della giurisdizione al giudice amministrativo di tutte le controversie concernenti l'azione di gestione dei rifiuti, comprese quelle in cui l'amministrazione non agisce nell'esercizio di un potere amministrativo;

che, per il remittente l'intenzione del legislatore sarebbe stata quella di attribuire alla cognizione del giudice amministrativo la totalità delle controversie attinenti all'attività posta in essere nel campo della gestione dei rifiuti indipendentemente dalla situazione giuridica di volta in volta rilevante;

che, in relazione alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, nell'ordinanza si sostiene il contrasto della norma censurata con l'art. 103, primo comma, Cost.;

che il giudice *a quo* sottolinea come questa Corte avrebbe affermato che tale norma costituzionale non ha conferito al legislatore ordinario un'assoluta e incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha solamente conferito il potere di indicare "particolari materie" rispetto alle quali la cognizione di detto giudice investe anche posizioni di diritto soggettivo; ciò implicherebbe che «la mera partecipazione dell'amministrazione al giudizio o il generico coinvolgimento di un interesse pubblico nella controversia non possono considerarsi di per sé sufficienti a radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» (si richiamano le sentenze n. 140 del 2007 e n. 191 del 2006);

che, alla luce di queste premesse, il remittente ritiene che la norma censurata, nella parte in cui non esclude dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie – anche *sub* specie di regresso, ripetizione ovvero ingiustificato arricchimento nei rapporti interni tra enti condebitori – concernenti il pagamento di indennità, canoni ed altri corrispettivi connessi alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, contrasti con l'evocato art. 103, primo comma, Cost.

Considerato che, con ordinanza del 28 aprile 2009, il Tribunale ordinario di Torre Annunziata – sezione distaccata di Gragnano – ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4 del 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), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123, per violazione dell'articolo 103, primo comma, della Costituzione;

che questa Corte, con la sentenza n. 35 del 2010 e con l'ordinanza n. 371 del 2010, scrutinando la stessa norma oggetto del presente giudizio – dopo avere sottolineato come l'art. 103 Cost. imponga che la giurisdizione esclusiva verta su particolari materie in relazione alle quali l'amministrazione pubblica agisce come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi – ha ritenuto che nella norma censurata l'espressione «comportamenti» deve essere intesa nel senso che «quelli che rilevano, ai fini del riparto della giurisdizione, sono soltanto i comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa»;

che l'espressione «azione di gestione dei rifiuti» va logicamente intesa «nel senso che l'attività della pubblica amministrazione deve essere preordinata alla organizzazione o alla erogazione del servizio pubblico di raccolta e di smaltimento dei rifiuti»;

che, di conseguenza, nella controversia all'esame del remittente, venendo in rilievo questioni meramente patrimoniali connesse al mancato adempimento da parte dell'amministrazione di una prestazione pecuniaria nascente da un rapporto obbligatorio, «i comportamenti posti in essere dall'amministrazione stessa non sono ricompresi nell'ambito di applicazione della norma impugnata, come sopra interpretata, e rientrano, invece, nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, nella specie correttamente adita»;

che, del resto, lo stesso decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante: «Delega al Governo per il riordino del processo amministrativo»), abrogando la norma censurata (art. 4 dell'Allegato 4) − con effetti non incidenti sul giudizio *a quo* − ne ha riprodotto il contenuto specificando, però, che i comportamenti posti in essere dalla pubblica amministrazione devono essere «riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere» (art. 13, comma 1, lettera *p)*;

che, pertanto, la questione sollevata deve essere dichiarata manifestamente infondata.

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'articolo 4 del 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), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123, sollevata, in riferimento all'articolo 103, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale di Torre Annunziata - sezione distaccata di Gragnano – con l'ordinanza in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 febbraio 2011.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: QUARANTA

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 18 febbraio 2011.

Il cancelliere: FRUSCELLA

11C0109

N. **55**

Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Reati e pene - Circostanze aggravanti comuni - Previsione quale circostanza aggravante del fatto commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza, di offensività, di colpevolezza e della finalità rieducativa della pena, nonché asserita lesione del principio di non discriminazione tra le persone in ragione della loro nazionalità o cittadinanza e del diritto alla libertà personale - Sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma censurata - Questioni divenute prive di oggetto - Manifesta inammissibilità.

– Cod. pen., art. 61, n. 11-*bis*, introdotto dall'art. 1, lett. *f)*, del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 24 luglio 2008, n. 125.

– Costituzione, artt. 3, 10, primo comma, 13, 25, secondo comma, e 27, commi primo e terzo; Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 14; XII protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 1; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, artt. 20 e 21; Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, artt. 2, primo comma, e 14, primo comma; Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, artt. 2, primo comma, e 7.

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, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-*bis*, del codice penale, come introdotto dall'art. 1, lettera *f)*, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 24 luglio 2008, n. 125 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), promossi dal Tribunale di Agrigento con due ordinanze del 3 marzo 2010 e dal Tribunale di Latina con ordinanza del 27 aprile 2010, rispettivamente iscritte ai nn. 210, 211 e 216 del registro ordinanze 2010 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica nn. 33 e 34, 1ª serie speciale, dell'anno 2010.

Udito nella camera di consiglio del 26 gennaio 2011 il giudice relatore Gaetano Silvestri.

Ritenuto che il Tribunale di Agrigento in composizione monocratica, con ordinanza del 3 marzo 2010 (r.o. n. 210 del 2010), ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, numero 11-*bis*, del codice penale;

che il rimettente procede con rito abbreviato nei confronti di un cittadino straniero accusato dei delitti di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 cod. pen.) e di lesioni personali (art. 582, primo e secondo comma, cod. pen.), entrambi aggravati, a norma dell'art. 61, numero 11-*bis*, cod. pen., in quanto commessi da persona che, al momento dei fatti, si trovava illegalmente nel territorio nazionale;

che nell'ambito del medesimo giudizio, con ordinanza del 19 maggio 2009, il rimettente aveva già sollevato una questione analoga di legittimità costituzionale;

che, nelle more del giudizio di costituzionalità, erano intervenute alcune varianti nel quadro normativo di riferimento, ed in particolare una disposizione interpretativa volta ad escludere l'applicazione della circostanza aggravante ai cittadini di Paesi dell'Unione europea (art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2009, n. 94, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica»), nonché la nuova figura criminosa di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato» (art. 10-*bis* del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, recante «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», introdotto dall'art. 1, comma 16, della citata legge n. 94 del 2009);

che la Corte costituzionale, in base agli indicati mutamenti del quadro normativo, con l'ordinanza n. 66 del 2010, aveva disposto la restituzione degli atti al rimettente, al fine di una nuova valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione sollevata;

che lo stesso rimettente, tanto premesso, osserva come la questione indicata non avrebbe perso il necessario carattere di rilevanza;

che infatti, essendo provate tanto la condotta illecita dell'imputato quanto la sua condizione di soggiorno irregolare, lo stesso imputato dovrebbe essere condannato ad una pena aumentata ex art. 61, n. 11-*bis*, cod. pen.;

che tale conclusione non sarebbe incisa dalla sopravvenuta introduzione dell'art. 10-*bis* del T.u. in materia di immigrazione, perché, alla luce del divieto di applicazione retroattiva, la nuova fattispecie non potrebbe essere contestata all'interessato, e d'altro canto la punizione del reato di soggiorno irregolare non influirebbe sull'aumento di pena dovuto, in ragione della previsione circostanziale, riguardo a fatti che non attengano alla disciplina penale dell'immigrazione;

che, in punto di non manifesta infondatezza, il Tribunale ribadisce come la norma censurata contrasti, in primo luogo, con il principio di necessaria offensività del fatto penalmente rilevante (principio ricavabile dagli artt. 25 e 27 Cost.);

che la violazione delle regole sul soggiorno costituirebbe, nell'economia della previsione aggravante, un mero antecedente cronologico del diverso reato commesso dallo straniero, senza alcun necessario incremento del pericolo o della lesione per l'interesse protetto dalla relativa fattispecie incriminatrice;

che una presunzione di pericolosità fondata sulla violazione delle norme concernenti i flussi migratori sarebbe priva di legittimazione, anche dopo l'autonomo significato penale assunto dalla relativa condotta, e non avrebbe comunque attinenza alla lesione tipica del diverso reato commesso dallo straniero;

che infatti l'introduzione del nuovo art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 andrebbe letta, alla luce del principio di offensività, come risposta sanzionatoria ad una condotta concretamente lesiva dell'interesse al controllo dei flussi migratori, e non quale riconoscimento di uno *status* di pericolosità connesso alla condizione di soggiorno irregolare;

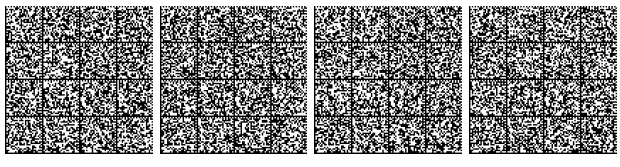
che la previsione di un aggravamento di pena senza connessione all'offesa tipica del corrispondente reato implica, secondo il rimettente, anche una violazione dell'art. 3 Cost., non trovando giustificazione la differenza di trattamento sanzionatorio istituita, per un identico illecito, tra lo straniero in condizione di soggiorno irregolare ed il cittadino italiano o lo straniero regolarmente presente sul territorio nazionale;

che la conclusione, a parere del Tribunale, è avvalorata dall'anomalia della previsione censurata rispetto ad altre aggravanti che pure si fondano su comportamenti antecedenti al reato;

che infatti le relative previsioni – a differenza dell'art. 61, numero 11-*bis*, cod. pen. – consentirebbero sempre una valutazione del giudice circa la concreta incidenza sul disvalore del fatto successivo, o sulla connessa manifestazione di pericolosità dell'agente;

che in particolare, per l'applicazione della recidiva (art. 99 cod. pen.), occorre che il reato pregresso sia stato accertato con sentenza irrevocabile, e che lo stesso reato sia consistito in un delitto non colposo (mentre il soggiorno irregolare, a fini di applicazione dell'aggravante, viene accertato incidentalmente, e consiste in una mera contravvenzione); occorre inoltre (fuori dai casi indicati al quinto comma dell'art. 99 cod. pen.) che il giudice accerti in concreto la rilevanza del precedente quale espressione di una accentuata colpevolezza e di una maggior pericolosità (mentre l'aggravante in considerazione andrebbe applicata senza alcuna discrezionalità);

che la fattispecie della latitanza (art. 61, numero 6, cod. pen.) presuppone una valutazione giudiziale, non presuntiva, circa la ricorrenza di gravi indizi della responsabilità per un precedente delitto e circa la concreta pericolosità dell'interessato, mentre la previsione censurata si riferisce ad una mera violazione contravvenzionale, verificata incidentalmente e non connessa ad un provvedimento specifico né, comunque, ad una valutazione individualizzata di pericolosità;



che la scelta di latitanza, inoltre, legittimerebbe per se stessa un certo allarme, mentre la circostanza in questione si applica indipendentemente da qualsiasi tentativo dell'interessato di sottrarsi alle conseguenze del proprio reato contravvenzionale;

che il rimettente sviluppa analoghe considerazioni comparando la norma censurata all'art. 7 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere), la cui previsione aggravante si applica solo per determinate classi di reati, nei confronti di persone assoggettate a misura di prevenzione ed entro un certo termine dalla cessazione del relativo trattamento;

che le comparazioni effettuate renderebbero evidente, secondo il Tribunale, come l'ordinamento ammetta la previsione di aggravanti fondate su uno status personale solo a condizione che sia formulabile, nel caso concreto, un giudizio di particolare pericolosità dell'agente o di maggior riprovazione per il fatto commesso, fondato sulla specifica correlazione tra condotta antecedente e nuova manifestazione criminosa;

che tale condizione farebbe difetto nella previsione censurata, poiché la stessa collega la (maggior) sanzione ad un mero fatto di disobbedienza, oppure ad uno *status* privo di qualunque connessione con il fatto illecito, così violando i principi di offensività e di uguaglianza;

che il Tribunale di Agrigento in composizione monocratica, con ordinanza del 3 marzo 2010 (r.o. n. 211 del 2010), ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, Cost. – questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, numero 11-*bis*, cod. pen.;

che il rimettente procede con rito abbreviato nei confronti di un cittadino straniero accusato dei delitti di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 cod. pen.) e di lesioni personali (artt. 582 e 585 cod. pen.), oltre che del reato di «indebito trattenimento» nel territorio dello Stato (art. 14, comma 5-*ter*, del d.lgs. n. 286 del 1998), e che per i primi due, tra i delitti elencati, è contestata l'aggravante del fatto commesso da straniero in condizione di soggiorno irregolare;

che nell'ambito del medesimo giudizio, con ordinanza dell'8 luglio 2009, il rimettente aveva già sollevato un'analoga questione di legittimità costituzionale, avuto riguardo alla previsione circostanziale introdotta dalla lettera *f)* del comma 1 dell'art. 1 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica);

che, nelle more del giudizio di legittimità costituzionale, erano intervenute alcune modifiche testuali della disposizione censurata (art. 1, comma 1, della legge di conversione 24 luglio 2008, n. 125) ed alcune varianti nel quadro normativo di riferimento: in particolare, una disposizione interpretativa volta ad escludere l'applicazione della circostanza aggravante ai cittadini di Paesi dell'Unione europea (art. 1, comma 1, della legge n. 94 del 2009), ed una nuova figura criminosa di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato» (art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998, introdotto dall'art. 1, comma 16, della citata legge n. 94 del 2009);

che in base agli indicati mutamenti del quadro normativo – prosegue il rimettente – la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 66 del 2010, aveva disposto la restituzione degli atti al fine di una nuova valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione sollevata;

che lo stesso rimettente, tanto premesso, osserva come la questione indicata non avrebbe perso il necessario carattere di rilevanza;

che infatti, essendo provate tanto le condotte illecite dell'imputato che la sua condizione di soggiorno irregolare, dovrebbe essere irrogata una pena con aumento a norma dell'art. 61, n. 11-*bis*, cod. pen.;

che tale conclusione non sarebbe incisa dalle modifiche al testo della disposizione censurata, di carattere asseritamente formale, né dalla sopravvenuta introduzione dell'art. 10-*bis* del T.u. in materia di immigrazione, perché, alla luce del divieto di applicazione retroattiva, la nuova fattispecie non potrebbe essere contestata all'interessato, e, d'altro canto, la punizione quale reato del soggiorno irregolare non influirebbe sull'aumento di pena dovuto, in ragione della previsione circostanziale, riguardo a fatti che non attengano alla disciplina penale dell'immigrazione;

che, in punto di non manifesta infondatezza, il Tribunale svolge considerazioni in tutto analoghe a quelle proposte con l'ordinanza r.o. n. 210 del 2010, già sopra illustrate;

che il Tribunale di Latina in composizione monocratica, con ordinanza del 27 aprile 2010 (r.o. n. 216 del 2010), ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 10, primo comma, 13, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma, Cost. – questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, numero 11-*bis*, cod. pen.;

che il rimettente procede con rito abbreviato nei confronti di tre stranieri di nazionalità extracomunitaria, imputati del delitto di violazione di domicilio (art. 614, primo e quarto comma, cod. pen.), con l'aggravante del fatto commesso da persona in condizione di soggiorno irregolare (contestata nella versione introdotta con il decreto-legge n. 92 del 2008);

che nell'ambito del medesimo giudizio, con ordinanza del 1° luglio 2008, il rimettente aveva già sollevato una prima questione di legittimità costituzionale riguardo all'art. 61, n. 11-*bis*, cod. pen., evocando i parametri di cui agli artt. 3, 13, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma, Cost.;

che – prosegue il Tribunale – gli atti erano stati restituiti dalla Corte costituzionale per una nuova valutazione di rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, alla luce di modifiche del quadro normativo intervenute in pendenza del giudizio di legittimità costituzionale (ordinanza n. 277 del 2009);

che per altro, a parere del rimettente, i dubbi circa la compatibilità costituzionale della previsione aggravante non sarebbero superati, ed anzi investirebbero l'ulteriore parametro di cui all'art. 10, primo comma, Cost.;

che le valutazioni originarie in punto di rilevanza (gli imputati, rei confessi, risultano privi di un titolo per il soggiorno sul territorio nazionale) non sarebbero superate alla luce delle modifiche normative che hanno indotto la Corte costituzionale alla restituzione degli atti;

che, infatti, la variazione testuale operata in sede di conversione non avrebbe influito sul contenuto precettivo della disposizione introdotta con il decreto-legge, vigente al tempo dei fatti contestati nel giudizio principale;

che la seconda innovazione, a seguito della quale la norma censurata deve essere interpretata nel senso che non riguarda i cittadini di Paesi dell'Unione europea (art. 1, comma 1, della legge n. 94 del 2009), sarebbe priva di influenza nel caso di specie, che concerne solo cittadini extracomunitari;

che, infine, non vi sarebbero interferenze tra la previsione censurata ed il reato di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato» (art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998), almeno con riguardo a fatti antecedenti alla relativa incriminazione, posto il divieto di applicazione retroattiva e considerato, di conseguenza, che mancherebbero le condizioni per un ipotetico «assorbimento» della fattispecie circostanziale nella nuova ipotesi contravvenzionale (o viceversa);

che la norma censurata contrasterebbe, anzitutto, con i principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità, come desumibili dall'art. 3 Cost., in ragione della carenza di connessione tra l'aggravamento di pena ed il fatto di volta in volta ascritto allo straniero;

che mancherebbe, nella specie, una caratteristica tipica di alcune circostanze fondate su una qualifica personale dell'agente, e cioè l'abuso di tale qualifica per la commissione o la facilitazione del reato (sono citate le previsioni di cui ai numeri 9 e 11 dell'art. 61 cod. pen.);

che ulteriori circostanze a carattere soggettivo – prosegue il rimettente – si fondano sulla condizione del reo, la quale però è conseguenza di un provvedimento giudiziale che accerta una pericolosità qualificata dell'agente, e palesa il reato da lui commesso quale concreta manifestazione di un «antagonismo» più spiccato (sono menzionate l'aggravante cosiddetta della latitanza – art. 61, n. 6, e art. 576, comma 1, n. 3, cod. pen. – e le fattispecie che presuppongono l'appartenenza a pericolose organizzazioni criminali o l'intervenuta applicazione di misure di prevenzione: art. 576, comma 1, n. 4, art. 628, comma 3, n. 3, art. 629, comma 2, cod. pen., nonché art. 7 della legge n. 575 del 1965);

che la fattispecie censurata non potrebbe essere comparata, ad avviso del giudice *a quo*, neanche alla recidiva, la quale pure non risponde ad una logica di necessaria e concreta relazione con la tipologia del reato contestato;

che la recidiva si fonda, infatti, sulla responsabilità per un precedente illecito penale, definitivamente stabilita dal giudice, ed è applicabile, nella generalità dei casi, solo in base ad una concreta relazione tra i precedenti del reo e la gravità dello specifico fatto in contestazione;

che, sul piano della razionalità del sistema, il rimettente osserva come la rilevanza penale generalizzata delle violazioni di norme concernenti l'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato comporti una moltiplicazione ingiustificata del trattamento punitivo, a titolo di sanzione per i reati specifici e di aggravamento della pena per l'ulteriore illecito commesso dallo straniero;

che la previsione censurata opererebbe «una indiscriminata generalizzazione su base soggettiva», incidente «sulla pari dignità umana e sulla libertà personale», e dunque non potrebbe superare lo scrutinio di ragionevolezza, che «deve essere tanto più intenso e più rigoroso quanto è più rilevante, come nella specie, il diritto su cui incide» (è citata, in questa prospettiva, la sentenza della Corte costituzionale n. 519 del 1995);

che la violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza troverebbe conferma, a parere del Tribunale, nella norma di «interpretazione autentica» introdotta dal comma 1 dell'art. 1 della legge n. 94 del 2009, in base al quale l'aggravante in questione non è applicabile nei confronti dei cittadini di Paesi dell'Unione europea;

che infatti, data la possibilità che anche i cittadini «comunitari» si trovino in condizione di soggiorno irregolare, vi sarebbe anzitutto una discriminazione ingiustificata tra cittadini stranieri nell'identica condizione, cioè «a parità di illegale presenza»;

che la norma interpretativa comprometterebbe, più in generale, la *ratio* invocata a sostegno del maggior sanzionamento degli stranieri in condizione di soggiorno irregolare, cioè l'esigenza di assicurare il controllo dei flussi migratori, posto che l'immunità accordata ad una parte di quegli stranieri renderebbe «quel fine apparente o inidoneo»;

che il principio di non discriminazione, sancito dall'art. 3 Cost., sarebbe ormai inserito in un «sistema multilivello» di garanzia (è citata, in proposito, la sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009), del quale fanno parte l'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, l'art. 1 del relativo XII protocollo addizionale (pure non ratificato dall'Italia), gli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;

che la Corte europea dei diritti dell'uomo – ricorda il rimettente – ha riconosciuto come l'art. 14 della Convenzione ponga il divieto di «un trattamento discriminatorio basato, o motivato, su una caratteristica personale ("situazione") attraverso la quale delle persone o gruppi di persone si distinguono gli uni dagli altri» (è citata la sentenza 1° dicembre 2009, G.n. ed altri contro Italia);

che, sempre a parere del Tribunale, la previsione di cui al n. 11-*bis* dell'art. 61 cod. pen. contrasterebbe con il principio di ragionevolezza anche nella prospettiva dell'art. 13 Cost., norma la quale, attenendo ad un diritto inviolabile della persona, riguarda senza distinzione i cittadini e gli stranieri (è citata la sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 1994);

che, infatti, le privazioni della libertà personale non potrebbero legittimamente fondarsi su arbitrarie presunzioni di pericolosità (sono citate la sentenza della Corte costituzionale n. 58 del 1995 e, per altro verso, la sentenza n. 148 del 2008);

che anche nei suoi profili applicativi, secondo il giudice *a quo*, la norma censurata darebbe luogo a molteplici situazioni di «evidente irragionevolezza»;

che, infatti, alla luce della giurisprudenza in materia di successione nel tempo di leggi concernenti l'immigrazione (è citata la sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite penali, n. 2451 del 2008), l'aggravante dovrebbe essere applicata anche nei confronti dello straniero che, dopo il fatto, abbia conseguito un valido titolo di soggiorno, con conseguente eliminazione della «ragione presuntiva della sua pericolosità»;

che lo straniero il quale, dopo l'ingresso illegale in Italia, abbia chiesto l'asilo politico o lo *status* di rifugiato potrebbe essere definitivamente condannato con pena aumentata ex art. 61, numero 11-*bis*, cod. pen., per quanto, nel caso di successivo accoglimento della sua domanda, il suo soggiorno dovrebbe essere considerato regolare fin dall'inizio (in tal senso è citato l'art. 31 della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 24 luglio 1954, n. 722);

che il divieto di espulsione degli stranieri minorenni – in conseguenza della Convenzione sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176 – potrebbe dar luogo all'ulteriore paradosso di minori condannati ad una pena aggravata nonostante il loro «diritto a soggiornare», sempre che la previsione censurata non si ritenga inapplicabile, appunto, nei confronti dei minorenni;

che la norma oggetto di censura violerebbe anche il principio di offensività, assurto a rango costituzionale con la previsione del secondo comma dell'art. 25 Cost., e valevole anche con riguardo alle previsioni circostanziali (sono citate in proposito le sentenze della Corte costituzionale n. 409 del 1989, n. 519 del 2000 e n. 265 del 2005);

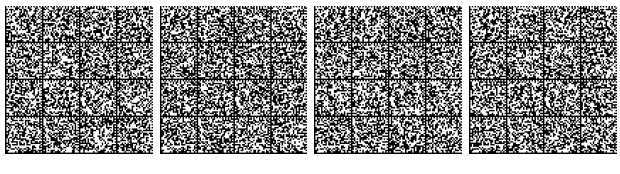
che infatti l'aumento di pena in essa previsto dovrebbe essere applicato a prescindere da una verifica di effettiva incidenza del fatto circostanziale sulla gravità del reato;

che la violazione del principio di necessaria corrispondenza tra risposta sanzionatoria e carica offensiva del fatto sarebbe particolarmente evidente, ad esempio, nei reati colposi, e comunque in tutti i casi in cui manchi connessione tra contenuto lesivo della condotta e condizione di soggiorno irregolare (è citata, in questa prospettiva, la sentenza della Corte costituzionale n. 354 del 2002);

che la valorizzazione dello *status* di soggiornante irregolare, in definitiva, esprimerebbe la logica del diritto penale d'autore, logica che il sistema costituzionale rifiuta nella prospettiva combinata dell'offensività e della pari dignità tra le persone (sono citate le sentenze della Corte costituzionale n. 14 del 1971 e n. 370 del 1996);

che il rimettente prospetta, ancora, una violazione dell'art. 27 Cost., «sotto il profilo del principio della personalità della responsabilità penale, del principio di proporzionalità della pena, del principio rieducativo della pena»;

che, per quanto attiene al primo comma dell'art. 27 Cost., la norma censurata esprimerebbe un rimprovero con riguardo non ad una qualificata attitudine delinquenziale, ma ad una condizione personale del reo, senza alcuna considerazione, oltretutto, per il «grado di partecipazione psichica» dell'agente rispetto alla propria condizione di «illegalità» nel soggiorno, data anche l'irrilevanza del «giustificato motivo» che potrebbe sottendere alla violazione delle regole in materia di immigrazione;



che il difetto di proporzionalità della pena inflitta, almeno riguardo all'aumento previsto dalla norma censurata per un fatto sostanzialmente stabile nei suoi profili offensivi, determinerebbe inoltre, a parere del rimettente, la violazione del terzo comma dell'art. 27 Cost., poiché la funzionalità rieducativa della sanzione è condizionata, appunto, dalla sua proporzionalità (sono citate le sentenze della Corte costituzionale n. 72 del 1980 e n. 103 del 1982);

che l'indifferenza della previsione aggravante rispetto alle ragioni ed alla stessa tipologia della violazione di norme pertinenti all'immigrazione comporterebbe, oltre che un nuovo ed autonomo profilo di contrasto con il principio di uguaglianza, riflessi negativi sul piano della valenza risocializzatrice della pena;

che un'analoga portata lesiva dei principi costituzionali – osserva per inciso il Tribunale – caratterizzerebbe il testo novellato dell'art. 656, comma 9, lettera *a)*, del codice di procedura penale, laddove esclude la possibilità di sospensione dell'esecuzione di pene detentive nei casi in cui ricorra l'aggravante di cui all'art. 61, numero 11-*bis*, cod. pen.;

che la discriminazione fondata sulla cittadinanza del reo violerebbe, infine, le «norme di diritto internazionale consuetudinario», e si porrebbe dunque in contrasto con l'art. 10, primo comma, Cost.;

che il divieto di un siffatto trattamento differenziale costituirebbe «un principio divenuto patrimonio riconosciuto ed irrinunciabile della comunità internazionale», come dovrebbe desumersi dall'art. 2, comma 1, e dall'art. 14, comma 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881), nonché dall'art. 2, comma 1 e dall'art. 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948;

che, se anche le disposizioni evocate non fossero considerate vincolanti, la loro pertinenza a diritti fondamentali della persona le renderebbe essenziali, a parere del Tribunale, nell'opera di interpretazione ed applicazione della nostra Carta costituzionale, la quale dunque potrebbe consentire difformità di trattamento in base all'appartenenza nazionale solo al fine di assicurare interessi concomitanti di rango analogo, che nella specie non sussistono.

Considerato che il Tribunale di Agrigento, con due ordinanze di contenuto analogo (r.o. numeri 210 e 211 del 2010), ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, numero 11-*bis*, del codice penale;

che molteplici questioni sono state sollevate anche dal Tribunale di Latina (r.o. n. 216 del 2010), riguardo alla stessa norma, per l'asserito contrasto con gli artt. 3, 10, primo comma, 13, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma, Cost.;

che la disposizione censurata, prevedendo una circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale, e dunque disponendo un aumento della pena in base ad una mera condizione soggettiva del reo, violerebbe secondo il Tribunale di Agrigento l'art. 3 Cost., dato che fatti di identica natura sarebbero puniti in misura differente a seconda che il reo si trovi o non regolarmente nel territorio dello Stato;

che inoltre, a parere del Tribunale di Latina, violerebbe l'art. 3 Cost. la previsione che fatti di identica natura siano puniti in misura differente a seconda che il reo in condizione di soggiorno irregolare sia o non cittadino di uno Stato dell'Unione europea;

che, secondo i rimettenti, non potrebbe giustificarsi la sostanziale assimilazione, attraverso l'istituzione di un'aggravante comune e di automatica applicazione, fra il trattamento di soggetti che abbiano solo violato una norma contravvenzionale priva di pertinenza al reato contestato e quello di soggetti che, nel commettere l'analogo reato, abbiano abusato della propria funzione o qualità personale (art. 61, numeri 9 e 11, cod. pen.), o abbiano già commesso reati in precedenza (artt. 70, ultimo comma, e 99 cod. pen.), o siano stati già individuati come pericolosi mediante un provvedimento giudiziale (art. 61, n. 6, art. 576, comma 1, nn. 3 e 4, art. 628, comma 3, n. 3, art. 629, comma 2, cod. pen.; art. 7 legge 31 maggio 1965, n. 575, recante «Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere»);

che la presunzione di maggior pericolosità collegata alla mera assenza di un titolo di legittimo soggiorno nel territorio dello Stato, senza alcuna necessaria correlazione tra la condizione del reo e la gravità del reato, e senza alcuna distinzione tra le varie possibili violazioni della normativa in materia di immigrazione, sarebbe priva di intrinseca ragionevolezza;

che altrettanto dovrebbe dirsi, secondo il Tribunale di Latina, considerando che l'aggravamento di pena previsto dalla norma censurata dovrebbe applicarsi anche nel caso di sopravvenuta regolarizzazione del soggiorno, o nel caso (concernente i minorenni) che sia vietata l'espulsione nonostante l'irregolarità del soggiorno medesimo;

che nella specie, sempre a parere del Tribunale di Latina, sarebbe violato anche l'art. 10, primo comma, Cost., per il contrasto tra la norma censurata ed il principio, generalmente riconosciuto nel diritto internazionale, di non discriminazione tra le persone in ragione della loro nazionalità o cittadinanza;

che lo stesso rimettente prospetta una concomitante violazione dell'art. 13 Cost., poiché il diritto alla libertà personale, inviolabile e come tale riferibile in pari misura al cittadino ed allo straniero, sarebbe sacrificato senza alcun ragionevole bilanciamento con la tutela di beni di analogo rango costituzionale;

che sarebbero ulteriormente violati gli artt. 25, secondo comma, e 27, primo comma, Cost., per il difetto di pertinenza del maggior trattamento punitivo al fatto di reato, e per la sua esclusiva inerenza ad uno «*status* personale del reo», con elusione del principio di offensività e secondo la logica del «diritto penale d'autore»;

che il principio di colpevolezza, secondo il Tribunale di Latina, sarebbe vulnerato, in particolare, per il difetto di proporzione tra la pena ed il grado della responsabilità personalmente riferibile al reo, anche in ragione dell'irrilevanza di un eventuale «giustificato motivo» per la violazione delle norme in materia di immigrazione;

che la norma censurata, infine, contrasterebbe con il terzo comma dell'art. 27 Cost., perché la sproporzione per eccesso della sanzione rispetto alla gravità del fatto varrebbe ad escludere la finalizzazione rieducativa della pena;

che le questioni indicate, per l'analogia del loro oggetto, possono essere definite congiuntamente;

che nelle more del presente giudizio, con la sentenza n. 249 del 2010, questa Corte ha già dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, numero 11-*bis*, cod. pen., dichiarando altresì, in via consequenziale, l'illegittimità dell'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica) e dell'art. 656, comma 9, lettera *a)*, del codice di procedura penale, limitatamente alle parole «e per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, primo comma, numero 11-*bis*), del medesimo codice,»;

che dunque le questioni sollevate sono divenute prive di oggetto, e per tale ragione vanno dichiarate manifestamente inammissibili, posto che, in ragione dell'efficacia *ex tunc* con la quale la norma censurata è stata rimossa dall'ordinamento, i giudici rimettenti non potrebbero essere utilmente chiamati ad una nuova valutazione di rilevanza delle questioni medesime (tra le molte, ordinanze nn. 306 e 78 del 2010 e n. 327 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

Riuniti i giudizi,

dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis*, del codice penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 10, primo comma, 13, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma, della Costituzione, dal Tribunale di Agrigento e dal Tribunale di Latina, in composizione monocratica, con le ordinanze indicate in epigrafe.*

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 febbraio 2011.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: SILVESTRI

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 18 febbraio 2011.

Il cancelliere: FRUSCELLA

11C0110

N. **56**

Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Ordinamento penitenziario - Detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione - Adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi - Limitazione della permanenza all'aperto ad una durata non superiore a due ore al giorno - Denunciata violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza e della necessaria finalizzazione rieducativa della pena, nonché asserita lesione del diritto alla salute - Carenza di motivazione sulla rilevanza e di pregiudizialità - Manifesta inammissibilità delle questioni.

– Legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f)*, come modificato dall'art. 2, comma 25, lett. *f)*, n. 3, della legge 15 luglio 2009, n. 94.
– Costituzione, artt. 3, primo e secondo comma, 27, terzo comma, e 32, primo 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, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *f)*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera *f)*, n. 3, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), promossi dal Magistrato di sorveglianza di Cuneo con due ordinanze del 6 marzo 2010, iscritte ai nn. 226 e 227 del registro ordinanze 2010 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 35, 1ª serie speciale, dell'anno 2010.

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

Udito nella camera di consiglio del 26 gennaio 2011 il giudice relatore Gaetano Silvestri.

Ritenuto che il Magistrato di sorveglianza di Cuneo, con ordinanza del 6 marzo 2010 (r.o. n. 226 del 2010), ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, primo e secondo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *f)*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera *f)*, n. 3, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui prevede, per i detenuti sottoposti al regime speciale di cui allo stesso art. 41-*bis*, «l'adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi»;

che il rimettente deve decidere sul reclamo proposto ai sensi dell'art. 35 ord. pen. da un detenuto in espiazione della pena dell'ergastolo, sottoposto per due anni, con decreto del Ministro della giustizia del 3 dicembre 2009, al regime detentivo previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen.;

che con il reclamo, per quanto testualmente riferito nell'ordinanza di rimessione, il detenuto lamenta che «l'amministrazione penitenziaria non gli consente di acquistare generi alimentari che per il loro utilizzo richiedono

cottura, come la pasta, anche laddove si tratti di generi alimentari che si prestano ad essere consumati [anche] crudi, quali cipolla, aglio e basilico», e conclude chiedendo che venga ripristinata la possibilità di acquistare i generi da ultimo indicati;

che il giudice *a quo* ricostruisce l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul tema della necessaria tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, richiamando la sentenza n. 26 del 1999 della Corte costituzionale, e la sentenza n. 5 [*recte*: n. 25079] del 2003 della Corte di cassazione, che hanno individuato nel procedimento disciplinato dagli artt. 14-*ter* e 69 ord. pen. lo strumento attraverso il quale i detenuti possono far valere le proprie posizioni soggettive nei confronti dell'Amministrazione;

che nella specie, secondo il rimettente, il reclamo concerne la materia del trattamento alimentare del detenuto, rientrante nell'ambito delle posizioni soggettive tutelabili con reclamo al magistrato di sorveglianza e secondo le forme indicate dall'art. 14-*ter* ord. pen.;

che non rileverebbe, infatti, la competenza esclusiva attribuita al Tribunale di sorveglianza di Roma dalla stessa legge n. 94 del 2009, sui reclami aventi ad oggetto la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del regime penitenziario speciale previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen.;

che, quanto al contenuto del regime speciale di detenzione, il giudice *a quo* richiama la legge n. 94 del 2009, modificativa del predetto regime, e riferisce che, a seguito dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, la Direzione della Casa Circondariale di Cuneo ha disposto, a partire dall'8 agosto 2009, per i detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen.: *a)* il divieto di acquistare al sopravvitto o ricevere dall'esterno generi alimentari che, secondo l'uso comune, richiedono cottura, *b)* la facoltà di utilizzare fornelli personali autoalimentati soltanto per preparare bevande e per riscaldare liquidi e cibi cotti forniti dall'Amministrazione penitenziaria, *c)* la possibilità di detenere una macchinetta per la preparazione del caffè, un pentolino ed una padellina di lega leggera per scaldare i liquidi ed il cibo fornito dall'Amministrazione;

che il rimettente richiama, inoltre, la circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia del 4 agosto 2009 (GDAP n. 0286202-2009), ove si rinvengono, tra l'altro, le indicate specificazioni al divieto di cottura imposto dalla legge;

che, a parere del rimettente, la norma che stabilisce il divieto assoluto di cuocere cibi per i detenuti sottoposti al regime indicato contrasterebbe con gli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, Cost., oltre che con il principio di ragionevolezza;

che, in primo luogo, essa introdurrebbe una disparità di trattamento fra detenuti non giustificabile sulla base delle esigenze proprie del regime speciale, come emergerebbe dall'esame della disciplina in materia di acquisto di generi alimentari e di uso dei fornelli da parte dei detenuti sottoposti al regime ordinario;

che, in particolare, sono richiamati l'art. 9, ultimo comma, ord. pen., che consente l'acquisto di generi alimentari entro i limiti fissati dal regolamento; l'art. 14, commi 8 e 9, del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà), il quale, a sua volta, stabilisce che i generi alimentari acquistati non devono eccedere il fabbisogno giornaliero di una persona e che non si possono accumulare generi alimentari eccedenti il fabbisogno settimanale; l'art. 13, comma 4, del medesimo d.P.R. n. 230 del 2000, che consente l'uso di fornelli personali per riscaldare liquidi e cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande e cibi di facile e rapido approntamento; è inoltre richiamato il successivo comma 7 dello stesso art. 13, il quale ammette che il regolamento interno dell'Istituto di detenzione possa, senza carattere di continuità, consentire ai detenuti e agli internati la cottura di generi alimentari, stabilendo quelli ammessi e le modalità da osservare;

che, a fronte di tali previsioni, il rimettente evidenzia come, invece, la norma censurata ponga il divieto assoluto per il detenuto sottoposto al regime speciale previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen. di cuocere cibi, senza che sia dato comprendere come siffatta prescrizione possa ridurre il rischio che il detenuto mantenga contatti con l'esterno;

che pertanto la portata del divieto sarebbe «puramente afflittiva», in quanto tale estranea alla funzione attribuita dalla legge all'istituto configurato nell'art. 41-*bis* ord. pen., e perciò irragionevole;

che il divieto non troverebbe giustificazione neppure nella diversa prospettiva di evitare che il detenuto possa assumere un ruolo di predominio all'interno dell'istituto penitenziario, aggregando intorno a sé altri detenuti, e ciò «non solo e non tanto perché la mera facoltà di cucinare cibi non sembra idonea a determinare tali effetti di predominio ed aggregazione, ma anche e soprattutto perché tali medesimi effetti il detenuto ben potrebbe ottenere tramite l'acquisto o la ricezione di generi alimentari che non richiedono cottura»;

che in proposito il rimettente sottolinea come al detenuto sottoposto al regime speciale sia comunque consentito acquistare al sopravvitto, o ricevere dall'esterno, generi alimentari che non richiedono cottura, nonché l'utilizza-

zione di fornelli personali per preparare bevande e per riscaldare liquidi, nonché il cibo fornito dall'Amministrazione penitenziaria;

che il divieto contenuto nella norma censurata introdurrebbe, in definitiva, un trattamento irragionevolmente deteriore per il detenuto sottoposto al regime speciale rispetto al detenuto in regime ordinario, non riconducibile alle finalità proprie dell'istituto della sospensione delle regole trattamentali;

che inoltre, tenuto conto del complesso delle limitazioni che il regime speciale comporta, il divieto di cuocere cibi si risolverebbe in un trattamento contrario al senso di umanità, con violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost.;

che, in punto di rilevanza, il giudice *a quo* richiama la disciplina contenuta negli artt. 35 e 69 ord. pen. – secondo cui spettano al magistrato di sorveglianza la vigilanza sull'esecuzione della custodia dei detenuti e il potere di impartire disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati – per affermare la propria legittimazione «a sollevare questioni di legittimità costituzionale inerenti le norme dell'ordinamento penitenziario oggetto della doglianza del reclamante», precisando di non poter procedere all'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata;

che, con atto depositato il 21 settembre 2010, è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha concluso per la non fondatezza della questione;

che la difesa dello Stato osserva come la norma censurata trovi giustificazione nelle peculiari esigenze di tutela sottese alla disciplina del regime di detenzione speciale, previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen., le quali varrebbero altresì a legittimare la disparità di trattamento con i detenuti sottoposti al regime ordinario;

che, infine, quanto alla censura prospettata in riferimento all'art. 27, terzo comma, Cost., l'Avvocatura generale ritiene che il divieto di cuocere cibi, pur presentando contenuto afflittivo, non costituisca una misura incompatibile con il parametro evocato;

che il Magistrato di sorveglianza di Cuneo, con ordinanza del 6 marzo 2010 (r.o. n. 227 del 2010), ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, primo e secondo comma, e 27, terzo comma, Cost. – questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *f)*, della legge n. 354 del 1975, come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera *f)*, n. 3 della legge n. 94 del 2009 nella parte in cui prevede, per i detenuti sottoposti al regime speciale di cui allo stesso art. 41-*bis*, «l'adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi»;

che il rimettente solleva inoltre, in riferimento agli artt. 27, terzo comma, e 32, primo comma, Cost., questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione, nella parte in cui limita la permanenza all'aperto dei detenuti sottoposti al regime speciale a non più di due ore al giorno;

che il giudice *a quo* deve decidere sul reclamo proposto ai sensi dell'art. 35 ord. pen. da un detenuto in espiazione della pena dell'ergastolo, sottoposto per due anni, con decreto del Ministro della giustizia del 27 aprile 2009, al regime previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen.;

che con il reclamo, per quanto testualmente riferito nell'ordinanza, il detenuto lamenta che le restrizioni introdotte dalla legge n. 94 del 2009, concernenti la durata della permanenza all'aperto e il divieto di cuocere cibi, violerebbero gli artt. 3, 13, 21, 24, 25, 27, 29, 31, 32, 111 e 113 Cost., ponendosi altresì in contrasto con i principi affermati in materia dalle sentenza della Corte costituzionale nn. 349 e 410 del 1993, n. 351 del 1996 e n. 376 del 1997, e conclude «chiedendo, pertanto, al giudice adito di sollevare questione di legittimità costituzionale […]»;

che il rimettente evidenzia come, a seguito dell'approvazione della legge n. 94 del 2009, la Direzione della Casa Circondariale di Cuneo abbia disposto l'applicazione, a partire dall'8 agosto 2009, di regole più restrittive, in forza delle quali, tra l'altro, la durata complessiva della permanenza all'aperto è ridotta a due ore al giorno, di cui una da trascorrere, a scelta, in appositi locali adibiti a biblioteca, palestra, socialità; è fatto divieto di acquistare al sopravvitto o di ricevere dall'esterno generi alimentari che, secondo l'uso comune, richiedono la cottura per essere consumati; l'utilizzazione dei fornelli personali autoalimentati è ammessa esclusivamente per preparare bevande e per riscaldare liquidi, nonché il cibo cotto fornito dall'Amministrazione;

che è richiamata la circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia del 4 agosto 2009 (GDAP n. 0286202-2009), che ha disposto le indicate specificazioni, integrando le regole e i divieti fissati con legge;

che il giudice *a quo* ripropone, in larga parte – con riguardo sia ai profili processuali sia al merito delle censure prospettate nella questione avente ad oggetto la norma che pone il divieto di cottura dei cibi – gli argomenti esposti nella precedente ordinanza di rimessione (reg. ord. n. 226 del 2010), alla cui sintesi si rinvia;

che, in merito alla diversa questione concernente la durata della permanenza all'aperto per non più di due ore al giorno, il rimettente reputa la corrispondente previsione di legge incompatibile in primo luogo con l'art. 27, terzo comma, Cost., in quanto integrante un trattamento contrario al senso di umanità;

che lo stesso rimettente richiama la disciplina della permanenza all'aperto dei detenuti in regime ordinario, prevista dall'art. 10 ord. pen., evidenziando come la disposizione indicata – che fissa il limite minimo di due ore al giorno all'aria aperta, riducibile ad un'ora soltanto per motivi eccezionali – trovi applicazione anche nei confronti dei detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare, in forza del richiamo contenuto nell'art. 14-*quater* ord. pen., e come, in senso conforme, disponesse il previgente sistema di regime speciale, ai sensi dell'art. 41-*bis* ord. pen.;

che invece, prosegue il giudice *a quo*, per effetto delle modifiche introdotte dalla legge n. 94 del 2009, si è determinata l'ulteriore compressione della durata della permanenza all'aria aperta ad un'ora al giorno, che costituisce anche il limite minimo di cui all'art. 10, secondo comma, ord. pen.;

che, inoltre, mentre il citato art. 10 ammette la riduzione ad un'ora della permanenza all'aria solo in presenza di «motivi eccezionali», nella nuova disciplina del regime speciale tale evenienza è sganciata «da ogni valutazione di eccezionalità e si pone, anzi di fatto, come regime ordinario dei detenuti sottoposti all'art. 41-*bis* ord. pen.»;

che il rimettente evidenzia la particolare afflittività della previsione, da porsi necessariamente in relazione alle altre limitazioni che caratterizzano il regime speciale, con il risultato di determinare un azzeramento delle opportunità di trattamento fruibili dai detenuti sottoposti a tale regime;

che del resto, osserva ancora il rimettente, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 410 del 1993, ha ritenuto che il regime di sorveglianza particolare, disciplinato dall'art. 14-*bis* ord. pen., «nella sua concreta applicazione viene ad assumere contenuto largamente coincidente con il regime differenziato introdotto con il provvedimento ex art. 41-*bis*, comma 2, di sospensione del trattamento penitenziario», affermando, nella successiva sentenza n. 351 del 1996, che «non può mancare la individuazione di parametri normativi per la concretizzazione del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, e che da questo punto di vista le indicazioni fornite dal legislatore con il quarto comma dell'art. 14-*quater* appaiono particolarmente pregnanti»;

che il giudice *a quo* richiama in proposito gli standard elaborati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), secondo cui l'effettuazione di almeno un'ora al giorno di esercizio all'aria aperta costituisce il minimo irrinunciabile;

che la norma censurata contrasterebbe, inoltre, con l'art. 32, primo comma, Cost. essendo la permanenza all'aperto «per un congruo periodo di tempo, con la possibilità di effettuare esercizi fisici», funzionale al mantenimento di buone condizioni di salute del detenuto «e ad ovvie esigenze di carattere igienico-sanitarie», là dove il regime finora descritto non consentirebbe di soddisfare adeguatamente il fondamentale diritto alla salute;

che in punto di rilevanza il rimettente motiva, come già nel precedente atto di promovimento (r. o. n. 226 del 2010), mediante il richiamo alla disciplina contenuta negli artt. 35 e 69 ord. pen., che attribuisce al magistrato di sorveglianza la vigilanza sull'esecuzione della custodia dei detenuti e il potere di impartire disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati, per poi affermare la propria legittimazione «a sollevare questioni di legittimità costituzionale inerenti le norme dell'ordinamento penitenziario oggetto della doglianza del reclamante»;

che, con atto depositato il 21 settembre 2010, è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha concluso chiedendo che la questione venga dichiarata in parte inammissibile e in parte non fondata;

che, secondo la difesa dello Stato, la questione avente ad oggetto la previsione che limita la permanenza all'aperto dei detenuti sottoposti al regime speciale a non più di due ore risulterebbe inammissibile, non essendo chiaro se il rimettente richieda la rimozione completa della norma, e quindi l'applicazione del regime ordinario, ovvero una diversa quantificazione, all'interno del regime speciale, delle ore d'aria fruibili;

che pertanto, a parere dell'Avvocatura generale, l'ambivalenza del petitum dovrebbe condurre alla declaratoria di inammissibilità della questione (sono richiamate la sentenza n. 190 del 2010 e l'ordinanza n. 411 del 2007 della Corte costituzionale), ma l'esito non sarebbe diverso se anche si dovesse ritenere che il rimettente si sia limitato a denunciare l'insufficienza delle ore di permanenza all'aperto, essendo precluso alla Corte costituzionale di sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore, una volta verificato il rispetto del limite minimo di un'ora al giorno di permanenza all'aperto (è nuovamente richiamata la sentenza n. 190 del 2010);

che, infine, con riguardo alla questione concernente la previsione che ha introdotto, per i detenuti sottoposti al regime speciale, il divieto di cuocere cibi, la difesa dello Stato ribadisce, nella prospettiva della non fondatezza delle censure, quanto già esposto con l'intervento depositato nel giudizio introdotto dall'ordinanza r.o. n. 226 del 2010.

Considerato che il Magistrato di sorveglianza di Cuneo, con due ordinanze di contenuto parzialmente analogo (r.o. numeri 226 e 227 del 2010), ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, primo e secondo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *f)*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera *f)*, n. 3, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui prevede, per i detenuti sottoposti al regime speciale di cui allo stesso art. 41-*bis*, «l'adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi»;

che lo stesso rimettente, con la sola ordinanza r.o. n. 227 del 2010, solleva, in riferimento agli artt. 27, terzo comma, e 32, primo comma, Cost., ulteriore questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *f)*, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui limita la permanenza all'aperto dei detenuti sottoposti al regime speciale a non più di due ore al giorno;

che a parere del giudice *a quo* entrambe le previsioni censurate, che hanno modificato in senso peggiorativo il contenuto del regime di sospensione delle regole trattamentali previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen., contrasterebbero con il principio di necessaria finalizzazione rieducativa della pena, sancito dall'art. 27, terzo comma, Cost.;

che, inoltre, il divieto di cuocere cibi costituirebbe una limitazione priva di giustificazione rispetto alle finalità ed esigenze, di ordine e sicurezza, proprie del regime speciale di detenzione, risultando irragionevolmente afflittiva e discriminatoria;

che, infine, la riduzione della permanenza all'aperto a due ore, di cui una soltanto di esposizione all'aria aperta, secondo le specificazioni impartite dall'Amministrazione, non consentirebbe di soddisfare adeguatamente le esigenze di salute dei detenuti, e in tal senso sarebbe incompatibile con il diritto fondamentale sancito dall'art. 32, primo comma, Cost.;

che le questioni indicate, per la parziale identità di oggetto, possono essere definite congiuntamente;

che la questione sollevata con l'ordinanza r.o. n. 226 del 2010, avente ad oggetto l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *f)*, ord. pen. nella parte in cui sancisce il divieto assoluto di cuocere cibi per i detenuti sottoposti al regime speciale, è manifestamente inammissibile in quanto carente di motivazione sulla rilevanza;

che infatti, dopo aver specificato come il detenuto reclamante chieda di poter acquistare generi alimentari consumabili anche senza cottura, il rimettente non espone le ragioni per le quali ritiene di dover fare applicazione della norma censurata, la quale si limita a porre il divieto di procedere alla cottura dei cibi;

che dall'ordinanza di rimessione non si desume, in particolare, perché il giudice *a quo* riferisca il divieto contestato dal ricorrente alla norma censurata e non alla connessa circolare dell'Amministrazione, cui si deve la diversa e generalizzata preclusione all'acquisto od alla ricezione dall'esterno di «generi alimentari che per il loro utilizzo richiedano cottura»;

che entrambe le questioni sollevate con l'ordinanza n. 227 del 2010 risultano manifestamente inammissibili per carenza di pregiudizialità;

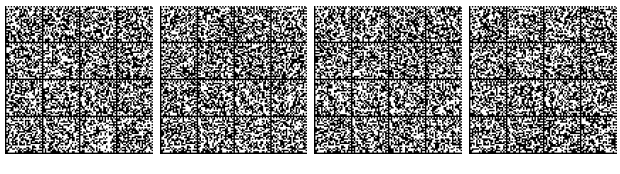
che invero, per quanto riferito dal rimettente, il procedimento principale sembra introdotto da un reclamo direttamente rivolto a contestare le ulteriori restrizioni trattamentali concernenti la permanenza all'aperto e il divieto di cuocere cibi;

che la coincidenza di oggetto tra giudizio principale e procedimento incidentale di incostituzionalità, per costante giurisprudenza di questa Corte, è causa di inammissibilità della questione (da ultimo, ordinanza n. 220 del 2010);

che il rimettente, del resto, ha precluso ogni possibile controllo sulla rilevanza delle questioni, omettendo di precisare se il reclamante avesse formulato richieste finalizzate ad ottenere l'attenuazione delle predette limitazioni nei suoi confronti, e sulla base di quali esigenze;

che la carenza di motivazione in punto di rilevanza è causa di manifesta inammissibilità della questione (*ex plurimis*, ordinanze n. 37 e n. 220 del 2010).

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

Riuniti i giudizi,

dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis*, comma 2*-quater*, lettera* f)*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera* f)*, n. 3, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), sollevate in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, 32, primo comma, della Costituzione, dal Magistrato di sorveglianza di Cuneo, con le ordinanze indicate in epigrafe.*

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 febbraio 2011.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: SILVESTRI

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 18 febbraio 2011.

Il cancelliere: FRUSCELLA

11C0111

N. **57**

Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Appalti pubblici - Norme della Regione Siciliana modificative ed integrative della disciplina regionale in materia di appalti - Criteri di aggiudicazione - Aggiudicazione ed esecuzione di lavori, servizi e forniture in caso di ricorso amministrativo e/o giudiziario - Ricorso del Commissario dello Stato per la Regione Siciliana - Intervenuta promulgazione della delibera legislativa con omissione di tutte le disposizioni oggetto di censura - Questioni divenute prive di oggetto - Cessazione della materia del contendere.

– Delibera legislativa della Regione Siciliana 13 luglio 2010, n. 568, artt. 3, comma 1, lett. *d)*, *e)*, *f)* e *g)*, e 4, commi 5, 6, 7 e 8.

– Costituzione, art. 117, secondo comma, lett. *e)*; Statuto della Regione Siciliana, art. 14, lett. *g)*; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, artt. 11, commi 9, 10, 10-*bis* e 10-*ter*, 86 e 87, comma 2, lett. *g)*; d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, art. 7, comma 1, lett. *e)*; direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, art. 55.

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, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 1, lettere *d)*, *e)*, *f)* e *g)*, e 4, commi 5, 6, 7 e 8, della delibera legislativa n. 568 (Modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia di appalti), approvata dall'Assemblea regionale siciliana nella seduta del 13/07/2010 promosso dal Commissario dello Stato per la Regione siciliana con ricorso notificato il 21 luglio 2010, depositato in cancelleria il 27 luglio 2010 e iscritto al n. 87 del registro ricorsi 2010.

Udito nella camera di consiglio del 26 gennaio 2011 il giudice relatore Franco Gallo.

Ritenuto che, con ricorso notificato il 21 luglio 2010 e depositato in cancelleria il 27 luglio 2010, il Commissario dello Stato per la Regione siciliana ha proposto questioni di legittimità costituzionale: *a)* delle lettere *d)* e *f)* del comma 1 dell'art. 3; *b)* della lettera *e)* del comma 1 dell'art. 3; *c)* della lettera *g)* del comma 1 dell'art. 3 e dei commi 5, 6, 7, 8 dell'art. 4 della delibera legislativa n. 568 (Modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia di appalti), approvata dall'Assemblea regionale siciliana nella seduta del 13 luglio 2010;

che le questioni sono proposte in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *e)*, della Costituzione e all'art. 14, lettera *g)*, del regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (Approvazione dello statuto della Regione siciliana);

che, prima di prospettare le singole questioni, il Commissario dello Stato per la Regione siciliana reputa necessario chiarire le linee fondamentali del riparto delle competenze legislative tra lo Stato e la Regione siciliana nella materia degli appalti pubblici, alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 221 e n. 45 del 2010;

che, in proposito, l'art. 14, lettera *g)*, dello statuto della Regione siciliana, attribuisce alla Regione la competenza legislativa esclusiva in materia di «lavori pubblici, eccettuate le grandi opere pubbliche di interesse prevalentemente nazionale»;

che, non contemplando il Titolo V della Parte seconda della Costituzione la materia «lavori pubblici», la citata disposizione dello statuto regionale deve ritenersi prevedere una forma di autonomia più ampia di quella attribuita dalla Costituzione alle Regioni a statuto ordinario, con la conseguenza della applicabilità di detta previsione statutaria ai sensi dell'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2010, n. 3;

che, tuttavia, come affermato dalla Corte costituzionale (sono citate, a conferma di tale orientamento, le sentenze n. 411 e n. 322 del 2008 e n. 431 del 2007), ciò non implica che, relativamente alla disciplina dei contratti di appalto che incidono nel territorio regionale, la potestà legislativa regionale possa esplicarsi senza vincoli e che, in particolare, non trovino applicazione le disposizioni di principio dettate dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE);

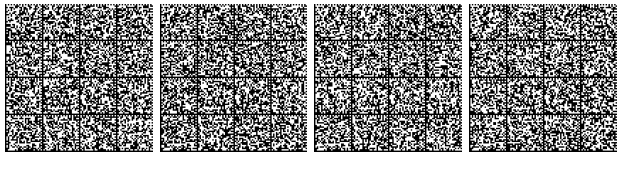
che, infatti, l'alinea del citato art. 14 dello statuto regionale prevede che la competenza legislativa esclusiva della Regione nelle materie da esso contemplate è esercitata nei limiti delle leggi costituzionali dello Stato e senza pregiudizio delle riforme economico-sociali;

che, in tale prospettiva, assumono rilievo i limiti derivanti dal necessario rispetto dei principi posti a tutela della concorrenza, strumentali ad assicurare le libertà comunitarie – principi che, secondo quanto chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 45 del 2010, vincolano la Regione siciliana anche ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione – e, quindi, le disposizioni del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni dettate dall'Unione europea a tutela della concorrenza;

che nella nozione di concorrenza, che non può che riflettere quella operante in ambito comunitario, sono comprese le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia, strutturate in modo da assicurare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (il ricorrente cita, sul punto, la sentenza della Corte costituzionale n. 401 del 2007);

che, nello specifico settore degli appalti, vengono particolarmente in considerazione le disposizioni che disciplinano la fase prodromica alla stipulazione del contratto e che si qualificano per la finalità perseguita di assicurare la concorrenza "per" il mercato;

che, pertanto, la Regione siciliana, nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva attribuitale dallo statuto di autonomia in materia di lavori pubblici di interesse regionale, deve non di meno rispettare, con riferimento soprattutto alla disciplina della fase del procedimento amministrativo di evidenza pubblica, i principi di tutela della concorrenza strumentali ad assicurare le libertà comunitarie di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi e, quindi, le disposizioni del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo (il ricorrente cita, al riguardo, al sentenza della Corte costituzionale n. 45 del 2010);



che, sempre alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 45 del 2010, a detto Codice dei contratti pubblici deve essere riconosciuto anche il connotato sostanziale di norma fondamentale di riforma economico-sociale, avendo esso comportato una complessiva e profonda innovazione normativa in un settore che assume importanza nazionale e che richiede l'attuazione di principi uniformi in tutto il territorio nazionale;

che detti principi comportano, tra l'altro, l'omogeneità e la trasparenza delle procedure, l'uniforme qualificazione dei soggetti, la libera concorrenza degli operatori in un mercato senza restrizioni regionali (è citata ancora, sul punto, la sentenza n. 45 del 2010);

che, conclusivamente, le norme del Codice che attengono, da un canto, alla scelta del contraente e, d'altro canto, al perfezionamento del vincolo negoziale e alla sua esecuzione, costituiscono un limite alla potestà legislativa esclusiva in materia di «lavori pubblici» della Regione, la quale ultima non può quindi adottare, per quanto attiene alla tutela della concorrenza, una disciplina con contenuti difformi da quella dettata, in attuazione delle prescrizioni dettate dall'Unione europea, dal legislatore statale con il d.lgs. n. 163 del 2006 (il ricorrente cita, in proposito, la sentenza della Corte costituzionale n. 221 del 2010);

che la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *e)*, della Costituzione, implica infine che il legislatore statale può dettare una disciplina delle procedure di gara e dei criteri di aggiudicazione integrale e dettagliata, nonché inderogabile da parte del legislatore regionale;

che, alla luce di tali considerazioni, il ricorrente impugna anzitutto le lettere *d)* e *f)* del comma 1 dell'art. 3, le quali, col prevedere che, ai soli fini della determinazione dell'importo da porre a base d'asta, «non è soggetto a ribasso d'asta il costo del lavoro» (lettera *d)* e che, ai medesimi fini di quanto disposto dalla lettera *d)*, «sono altresì escluse giustificazioni inerenti ai costi del lavoro» (lettera *f)*, violerebbero l'art. 117, secondo comma, lettera *e)*, della Costituzione e l'art. 14, lettera *g)*, del r.d.lgs. n. 455 del 1946, ponendosi in contrasto con l'art. 87, comma 2, lettera *g)*, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale stabilisce che le giustificazioni dell'offerente in caso di offerta anormalmente bassa possono riguardare il costo del lavoro;

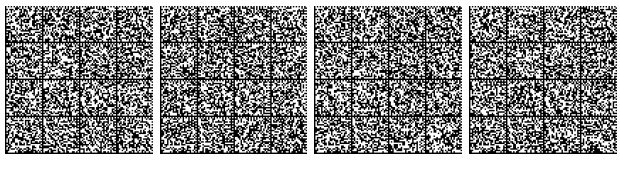
che una seconda censura ha a oggetto la lettera *e)* del comma 1 dell'art. 3, la quale, prevedendo che, in tema di valutazione delle offerte anormalmente basse, le giustificazioni siano presentate dai concorrenti già in sede di gara, violerebbe anch'essa l'art. 117, secondo comma, lettera *e)*, della Costituzione e l'art. 14, lettera *g)*, del r. d.lgs. n. 455 del 1946, ponendosi «palesemente» in contrasto con l'art. 86 del d.lgs. n. 163 del 2006 e con l'art. 55 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi);

che con una terza censura il ricorrente impugna infine la lettera *g)* del comma 1 dell'art. 3 e i commi 4, 5, 6, 7, 8 dell'art. 4 in quanto tali disposizioni, sebbene sostanzialmente riproduttive delle norme statali di cui all'art. 7, comma 1, lettera *e)*, del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 (Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 8 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni) e all'art. 11, commi 9, 10, 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. n. 163 del 2006, come modificato dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici) – in tema, rispettivamente, di requisiti per la qualificazione degli esecutori di lavori pubblici e di fasi delle procedure di affidamento dei contratti pubblici – essendo riconducibili alla materia della tutela della concorrenza di competenza esclusiva dello Stato «preclus[a] a qualsiasi forma d'intervento del legislatore regionale», violerebbero anch'esse l'art. 117, secondo comma, lettera *e)*, della Costituzione e l'art. 14, lettera *g)*, del r. d.lgs. n. 455 del 1946;

che infatti – afferma ancora il ricorrente – il legislatore regionale, essendo privo di competenza nella materia «tutela della concorrenza», non potrebbe «operare un sostanziale recepimento» delle disposizioni dettate dallo Stato nella medesima materia senza prevedere al contempo un rinvio dinamico alla legislazione statale che venisse successivamente eventualmente introdotta «e ciò al fine di evitare che in tale ipotesi possano essere in vigore normative difformi "medio tempore" in attesa del necessario adeguamento alla nuova disciplina»;

che la Regione siciliana non si è costituita nel giudizio costituzionale;

che, come rappresentato anche dal Commissario dello Stato per la Regione siciliana nella memoria depositata il 4 gennaio 2011, successivamente alla proposizione del ricorso, l'impugnata delibera legislativa n. 568 è stata promulgata e pubblicata come legge della Regione siciliana 3 agosto 2010, n. 16 (Modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia di appalti), con omissione di tutte le disposizioni oggetto di censura.



Considerato che il Commissario dello Stato per la Regione siciliana ha proposto questioni di legittimità costituzionale – in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *e)*, della Costituzione e all'art. 14, lettera *g)*, del regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (Approvazione dello statuto della Regione siciliana) – delle lettere *d)*, *e)*, *f)*, *g)* del comma 1 dell'art. 3 e dei commi 5, 6, 7, 8 dell'art. 4 della delibera legislativa n. 568 (Modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia di appalti), approvata dall'Assemblea regionale siciliana nella seduta del 13 luglio 2010;

che, successivamente all'impugnazione, la predetta delibera legislativa è stata promulgata e pubblicata come legge della Regione siciliana 3 agosto 2010, n. 16 (Modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia di appalti), con omissione di tutte le disposizioni oggetto di censura;

che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, «l'intervenuto esaurimento del potere promulgativo, che si esercita necessariamente in modo unitario e contestuale rispetto al testo deliberato dall'Assemblea regionale siciliana, preclude definitivamente la possibilità che le parti della legge impugnate ed omesse in sede di promulgazione acquistino o esplichino una qualche efficacia, privando così di oggetto il giudizio di legittimità costituzionale» (ordinanza n. 212 del 2010; nello stesso senso, *ex plurimis*, ordinanze n. 183 del 2010, n. 175 del 2010, n. 304 del 2008, n. 229 del 2007 e n. 147 del 2006);

che si è determinata, pertanto, la cessazione della materia del contendere.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara cessata la materia del contendere in ordine al ricorso in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 febbraio 2011.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: GALLO

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositata in cancelleria il 18 febbraio 2011.

Il cancelliere: FRUSCELLA

11C0112

N. **58**

Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Ferrovie - Servizi ferroviari di interesse locale - Attribuzione alla competenza delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano, anche in attesa dell'adozione delle norme di attuazione degli statuti, con relativo trasferimento di risorse - Ricorso della Regione Valle d'Aosta - Sopravvenuta adozione, in ossequio alle procedure statutarie, delle norme di attuazione in materia di trasporto ferroviario - Rinuncia al ricorso formalmente accettata dalla controparte costituita - Estinzione del processo.

– Legge 23 luglio 2009, n. 99, art. 63.

– Costituzione, art. 117, quarto comma; Statuto speciale della Regione Valle d'Aosta, art. 48-*bis*; d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, artt. 1, comma 3, e 9; 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, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 63 della legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), promosso dalla Regione autonoma della Valle d'Aosta – Vallée d'Aoste con ricorso notificato il 17-21 settembre 2009, depositato in cancelleria il 22 settembre 2009 ed iscritto al n. 59 del registro ricorsi 2009.

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

Udito nella camera di consiglio del 26 gennaio 2011 il Giudice relatore Alessandro Criscuolo.

Ritenuto che, con ricorso notificato il 17-19-21 settembre 2009, depositato presso la cancelleria della Corte costituzionale il successivo 22 settembre, la Regione Valle d'Aosta – Vallée d'Aoste, ha promosso questione di legittimità costituzionale, in via principale, dell'art. 63 della legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), in riferimento agli articoli 48-*bis* dello Statuto speciale della Valle d'Aosta (Legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4), 117, quarto comma, della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione;

che, in particolare, la ricorrente sostiene che il citato art. 63, nel disporre l'attribuzione alla competenza delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano dei servizi ferroviari di interesse locale di cui all'art. 9 del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 (Conferimento alle Regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59), nonché delle correlate risorse «anche in attesa dell'adozione delle norme di attuazione degli statuti», violerebbe l'art. 48-*bis* dello statuto speciale della Valle d'Aosta, in quanto il trasferimento delle suddette funzioni alla Regione ricorrente sarebbe avvenuto unilateralmente, senza procedere alla adozione, in conformità a quanto disposto dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 422 del 1997, di decreti legislativi di attuazione, con il necessario intervento della Commissione paritetica mista;

che, inoltre, la Regione Valle d'Aosta lamenta la violazione dell'art. 117, quarto comma, Cost., in quanto, rientrando la materia dei servizi ferroviari di interesse regionale e locale in concessione a Ferrovie dello Stato s.p.a., nella competenza legislativa residuale della Regione ricorrente, in virtù della clausola di maggior favore di cui all'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), il trasferimento delle relative funzioni amministrative dallo Stato alla Regione doveva avvenire con la procedura di cui all'art. 11 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), ovvero secondo le modalità previste dalle norme di attuazione con l'indefettibile partecipazione della Commissione paritetica;

che, infine, ad avviso della ricorrente, sarebbe stato leso il principio di leale collaborazione, in quanto la norma impugnata non prevede, nella definizione delle risorse finanziarie occorrenti al trasferimento delle funzioni di competenza statale, un coinvolgimento paritario della Regione, essendo stata prevista una mera consultazione, peraltro non vincolante, delle autonomie speciali;

che nel giudizio si è costituito il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che il ricorso sia dichiarato non fondato;

che, con atto depositato in data 9 marzo 2010, la ricorrente ha chiesto il rinvio dell'udienza fissata per il giorno 10 marzo 2010, al fine di attendere la conclusione del procedimento normativo di adozione delle norme di attuazione in materia di trasporto ferroviario;

che, con atto pervenuto a mezzo fax in data 9 marzo 2010, l'Avvocatura generale dello Stato, per conto del Presidente del Consiglio dei ministri, ha accettato la suddetta istanza di rinvio;

che, avendo le parti, nel corso dell'udienza pubblica del 10 marzo 2010, concordemente confermato la richiesta di rinvio depositata in data 9 marzo, questa Corte ha rinviato la causa a nuovo ruolo;

che, con atto depositato il 17 dicembre 2010, la Regione Valle d'Aosta ha dichiarato di rinunciare al ricorso, in quanto, come indicato nella delibera della Giunta regionale del 10 dicembre 2010, nella pendenza del giudizio è stato approvato il decreto legislativo 26 ottobre 2010, n. 194 recante «Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Valle d'Aosta – Vallée d'Aoste in materia di trasporto ferroviario», la cui adozione è avvenuta in ossequio alle procedure di cui all'art. 48-*bis* dello statuto della Valle d'Aosta;

che tale rinuncia è stata formalmente accettata dal Presidente del Consiglio dei ministri con atto depositato presso la cancelleria di questa Corte in data 4 gennaio 2011;

che, con decreto del 5 gennaio 2011, questa Corte ha disposto la discussione della causa nella camera di consiglio del 26 gennaio 2011.

Considerato che, ai sensi dell'art. 23 delle norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale, la rinuncia al ricorso, seguita dall'accettazione della controparte costituita, comporta l'estinzione del processo (si vedano, da ultimo, le ordinanze n. 372 e n. 330 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 9 febbraio 2011.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: CRISCUOLO

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositato in cancelleria il 18 febbraio 2011

Il cancelliere: FRUSCELLA

11C0113

N. **59**

Ordinanza 9 - 18 febbraio 2011

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Straniero - Espulsione amministrativa del genitore non avente cittadinanza europea, già destinatario di un provvedimento ablativo o limitativo della potestà sul figlio minore ai sensi degli artt. 330 e 333 cod. civ. - Obbligo dell'autorità procedente di chiedere il nulla osta al Tribunale per i minorenni, prima di eseguire l'espulsione - Mancata previsione - Denunciata lesione dei diritti inviolabili del minore e dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali - Difetto di rilevanza - Manifesta inammissibilità della questione.

– D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 13, comma 3.

– Costituzione, artt. 2, 10, secondo comma, 30, secondo comma, e 117, primo comma; Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino, art. 9; Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 8.

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. 13, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), promosso dal Tribunale per i minorenni di Roma sull'istanza proposta dal Pubblico ministero presso il Tribunale per i minorenni con ordinanza del 30 ottobre 2009, iscritta al n. 171 del registro ordinanze 2010 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 24, 1ª serie speciale, dell'anno 2010.

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

Udito nella camera di consiglio del 1° dicembre 2010 il Giudice relatore Maria Rita Saulle.

Ritenuto che il Tribunale per i minorenni di Roma ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 10, secondo comma, 30, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), nella parte in cui «non prevede che, prima di eseguire l'espulsione, l'autorità procedente debba chiedere il nulla osta al Tribunale per i minorenni quando destinatario del provvedimento espulsivo sia il genitore di un minore nei confronti del quale il Tribunale ha emesso provvedimento incidente sulla potestà ai sensi degli artt. 330 e 333 del codice civile»;

che, in punto di fatto, il giudice *a quo* è investito di un'istanza del Pubblico ministero volta ad ottenere l'apertura di un procedimento di verifica della potestà genitoriale, ai sensi degli artt. 330 e 333 cod. civ., nei confronti di Q.M.S.C., cittadina filippina e madre del minore V.B.S.;

che il medesimo Tribunale in data 22 maggio 2007 aveva emesso un decreto con il quale veniva disposta, ai sensi del citato art. 333 cod. civ., la limitazione della potestà genitoriale di Q.M.S.C. e il conseguente inserimento del figlio minore in una casa famiglia con il contestuale incarico ai servizi sociali di favorire la relazione tra quest'ultimo e la madre;

che, successivamente, a causa di una condanna per il reato di cui all'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), Q.M.S.C. è stata dapprima detenuta presso la Casa Circondariale di Rebibbia e poi trasferita al locale Centro di Identificazione ed Espulsione (CIE), ove ha ricevuto la notifica del decreto di espulsione ai sensi dell'art. 13, commi 2, 4 e 5, del citato d.lgs. n. 286 del 1998 «con contestuale ordine di trattenimento nel CIE, per indisponibilità al momento del vettore aereo e per necessità di procedere ad accertamenti supplementari sull'identità e la nazionalità»;

che, a seguito di ciò, la Questura di Roma informava il Tribunale della condizione di detenzione amministrativa della donna e, dopo aver accertato, attraverso i servizi sociali, la presenza del minore, chiedeva il nulla osta all'espulsione della straniera;

che il Pubblico ministero, nell'atto introduttivo del giudizio principale, ha dunque domandato che venisse valutata la possibilità di ricongiungimento con la madre, pervenendo successivamente la notizia dell'esecuzione del provvedimento di espulsione, mentre il figlio minore è rimasto in Italia;

che, in punto di diritto, il rimettente premette che, alla luce dell'attuale quadro normativo, il Tribunale minorile non ha «alcun potere in ordine all'esecuzione del provvedimento espulsivo», essendo richiesto il nulla osta all'autorità giudiziaria, ai sensi del citato art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 solo «quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trovi in stato di custodia cautelare in carcere»;

che, ad avviso del giudice *a quo*, in «tutti i casi in cui, come quello attuale» si procede all'esecuzione dell'espulsione nei confronti di un cittadino non comunitario, la cui potestà «sia stata in precedenza incisa da un provvedimento giudiziale di limitazione o ablazione», il Tribunale per i minorenni si troverebbe dinanzi «ad un'alternativa che in ogni caso» sembrerebbe risultare in contrasto con i richiamati principi costituzionali;

che, in particolare, se il Tribunale dovesse consentire il ricongiungimento del minore al genitore, in applicazione dell'art. 19, comma 2, lettera *a)*, del d.lgs. n. 286 del 1998, a norma del quale è sancito il diritto del minore a seguire il genitore o l'affidatario espulsi, «inevitabilmente» si esporrebbe «il figlio al rischio del ripetersi proprio di quelle condizioni di pregiudizio che sono all'origine della pronuncia limitativa della potestà» che, come nel caso di specie, «non sono effettivamente cessate»;

che ciò comporterebbe, a parere del giudice *a quo*, una violazione dei «diritti inviolabili dell'uomo, in particolare della persona in formazione del minore», previsti dall'art. 2 della Costituzione, di cui lo Stato ha il dovere di assicurare la tutela se i genitori si trovano in situazione di perdurante incapacità, ex art. 30, secondo comma, della Costituzione;

che, al riguardo, il Tribunale rimettente richiama gli artt. 8 e 37-*bis* della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), dai quali discende «il dovere dell'autorità giudiziaria nazionale di accertare la condizione di abbandono del minore presente sul territorio nazionale non diversamente da quanto stabilito nel caso di minore cittadino italiano»; dovere previsto anche dalla relativa normativa europea (in particolare, si cita l'art. 15 del Regolamento CE n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale);

che, a parere del giudice *a quo*, «diversi ed inevitabili motivi di conflitto con i precetti costituzionali» si potrebbero configurare anche qualora il Tribunale dovesse decidere di trattenere il minore sul territorio nazionale con conseguente separazione dal genitore espulso, risultando tale decisione in contrasto con gli artt. 10, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione;

che, al riguardo, il rimettente premette che «nel caso di espulsione la cesura del rapporto tra genitore e figlio, trattenuto sul territorio nazionale», si configurerebbe come «sostanzialmente irreversibile», considerato che l'art. 13, comma 14, del d.lgs. n. 286 del 1998 imporrebbe il divieto di reingresso per la madre per dieci anni; periodo quest'ultimo che costituisce, nella specie, «quasi l'intero arco della minore età del figlio»;

che, ad avviso del giudice *a quo*, una «conseguenza tanto radicale» risulterebbe pertanto in contrasto con l'art. 10, secondo comma, della Costituzione, «in quanto confliggente con gli obblighi derivanti all'Italia dall'adesione» alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino, adottata a New York il 20 novembre 1989 (ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176), e, in particolare, con l'art. 9, a norma del quale gli Stati sono tenuti a fare in modo che il bambino non sia separato dai suoi genitori contro la sua volontà, a meno che le autorità non decidano che questa separazione risulti necessaria nell'interesse superiore del minore;

che, sempre secondo il rimettente, la disposizione impugnata risulterebbe, altresì, in contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848), come interpretato dalla Corte di Strasburgo;

che, in particolare, richiamata la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di tutela della vita familiare, la norma sarebbe incostituzionale in quanto l'espulsione determinerebbe «la separazione del genitore dal figlio senza che il provvedimento amministrativo di espulsione abbia pertinenza alcuna con la relazione personale che lega il genitore al figlio» ed impedirebbe al genitore, in modo definitivo, di partecipare personalmente al procedimento giudiziale che incide sull'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui al citato art. 8;

che, ad avviso del rimettente, solo l'accoglimento della sollevata questione potrebbe risolvere il contrasto con gli indicati principi costituzionali, posto che la deroga contenuta nell'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, che consente al Tribunale di autorizzare, in situazioni particolari e per un periodo di tempo determinato, la permanenza o il reingresso del familiare del minore, non costituirebbe un efficace rimedio;

che, infatti, il suddetto provvedimento è soggetto ad una iniziativa di parte e, anche in presenza di quest'ultima, può non ricorrere, nel caso di istanza del genitore espulso, il presupposto della sussistenza per il minore dei gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico, non escludendo, comunque, l'autorizzazione al reingresso la rottura del rapporto tra genitore e figlio, di fatto già avvenuta con l'espulsione;

che il rimettente ritiene che la sollevata questione di legittimità costituzionale abbia «rilevanza decisiva» nel giudizio principale, «certamente prima che l'espulsione fosse eseguita, risultando, se fondata, idonea a sospenderla, non di meno anche dopo l'esecuzione dell'espulsione stessa», considerato che qualora la Corte ritenesse infondati i dubbi di

costituzionalità prospettati «altra soluzione non potrebbe adottare il Tribunale che l'apertura di un procedimento ai sensi dell'art. 8 della legge 4 maggio 1983, n. 184, dovendo a quel punto configurarsi il provvedimento espulsivo come causa di forza maggiore certamente non transitoria tenendo conto appunto della durata decennale del divieto di reingresso»;

che, con atto depositato in data 6 luglio 2010 è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per l'inammissibilità, ovvero per l'infondatezza della questione;

che, in particolare, secondo la difesa dello Stato, la questione sollevata dal Tribunale rimettente sarebbe priva di rilevanza nel giudizio *a quo*, poiché è stata già data esecuzione al provvedimento di allontanamento della straniera, e che l'eventuale modifica dell'art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 non potrebbe neanche esplicare i suoi effetti «sul diverso piano», prospettato dal rimettente, «di consentire un reingresso della straniera espulsa», poiché la procedura di reingresso non sarebbe regolata dalla citata disposizione;

che, nel merito, secondo la difesa dello Stato, il d.lgs. n. 286 del 1998 contiene «un'adeguata disciplina di tutela dei minori stranieri e della famiglia»;

che, in particolare, secondo l'Avvocatura, il rimettente avrebbe omesso «di valutare correttamente» il disposto dell'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, il quale stabilisce che «in presenza di gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età del minore e delle condizioni di salute del minore che si trova sul territorio italiano, il Tribunale per i minori può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico [d.lgs. n. 286 del 1998]»;

che, ad avviso della difesa dello Stato, la predetta norma costituirebbe «già di per sé strumento idoneo e sufficiente»; strumento che avrebbe potuto essere utilizzato dal medesimo Tribunale rimettente per consentire il reingresso del genitore «per un periodo determinato», coincidente con il tempo necessario per la «definizione del procedimento pendente relativo all'esercizio della potestà genitoriale».

Considerato che il Tribunale per i minorenni di Roma dubita, in riferimento agli artt. 2, 10, secondo comma, 30, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), nella parte in cui «non prevede che, prima di eseguire l'espulsione, l'autorità procedente debba chiedere il nulla osta al Tribunale per i minorenni quando destinatario del provvedimento espulsivo sia il genitore di un minore nei confronti del quale il Tribunale ha emesso provvedimento incidente sulla potestà ai sensi degli artt. 330 e 333 del codice civile»;

che, ad avviso del rimettente, ogni qualvolta si procede all'esecuzione dell'espulsione nei confronti di un cittadino non europeo, la cui potestà «sia stata in precedenza incisa da un provvedimento giudiziale di limitazione o ablazione», il Tribunale per i minorenni si troverebbe dinanzi ad «un'alternativa» che risulterebbe in contrasto con gli artt. 2, 10, secondo comma, 30, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione;

che, in particolare, se il Tribunale dovesse consentire il ricongiungimento del minore al genitore, in applicazione dell'art. 19, comma 2, lett. *a)*, del citato d.lgs. n. 286 del 1998, «inevitabilmente» si esporrebbe «il figlio al rischio del ripetersi proprio di quelle condizioni di pregiudizio che sono all'origine della pronuncia limitativa della potestà», con la conseguente violazione dei «diritti inviolabili» del minore a tutela del quale, ai sensi dell'art. 30, secondo comma, della Costituzione, è attribuito allo Stato il compito di intervenire affinché «siano […] assolti i compiti dei genitori in tutti i casi di loro perdurante incapacità», anche qualora si trattasse di un minore straniero;

che, a parere del giudice *a quo*, «diversi ed inevitabili motivi di conflitto con i citati precetti costituzionali» si potrebbero configurare, anche qualora il Tribunale dovesse decidere di trattenere il minore sul territorio nazionale, con la conseguente separazione dal genitore espulso;

che, in particolare, il Tribunale ritiene che la disposizione censurata violerebbe l'art. 10, secondo comma, della Costituzione in quanto risulterebbe «confliggente con gli obblighi derivanti all'Italia dall'adesione» alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino, adottata a New York il 20 novembre 1989 (ratificata a resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176), e, specificamente, con l'art. 9, a norma del quale gli Stati sono tenuti a fare in modo che il bambino non sia separato dai suoi genitori contro la sua volontà, a meno che le autorità non decidano che questa separazione risulti necessaria nell'interesse superiore del minore;

che essa, inoltre, violerebbe l'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848), perché, nella medesima ipotesi di trattenimento del minore nel territorio nazionale, l'espulsione del genitore determinerebbe la separazione «dal figlio senza che il provvedimento amministrativo di espulsione abbia pertinenza alcuna con la relazione personale che lega il genitore al figlio» ed impedirebbe al genitore, in modo definitivo, di partecipare personalmente al procedimento giudiziale finalizzato alla ricomposizione del rapporto genitoriale;

che il rimettente chiede una pronuncia additiva con la quale si attribuisca al Tribunale per i minorenni la competenza a rilasciare il nulla osta all'espulsione ogniqualvolta il destinatario del provvedimento di allontanamento sia il genitore di un minore, nei confronti del quale il Tribunale abbia emesso un provvedimento limitativo della potestà genitoriale ai sensi degli artt. 330 e 333 del codice civile;

che il giudizio *a quo* ha per oggetto l'apertura di un procedimento civile di verifica della potestà genitoriale nei confronti di una cittadina filippina, madre di un minore;

che la questione sollevata dal Tribunale è priva di rilevanza nel giudizio principale, in quanto, a prescindere dalla circostanza, affermata dal medesimo rimettente, che il provvedimento di espulsione nei confronti della straniera è stato già eseguito, di talché anche l'eventuale accoglimento della questione di legittimità costituzionale sarebbe privo di effetti, il Tribunale, chiamato a verificare l'esercizio della potestà genitoriale, non deve fare applicazione della disposizione censurata ai fini della definizione del procedimento *a quo*;

che, pertanto, la questione deve ritenersi manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza.

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. 13, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), sollevata, in riferimento agli articoli 2, 10, secondo comma, 30, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione dal Tribunale per i minorenni di Roma con l'ordinanza in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta il 9 febbraio 2011.

Il Presidente: DE SIERVO

Il redattore: SAULLE

Il cancelliere: FRUSCELLA

Depositato in cancelleria il 18 febbraio 2011.

Il cancelliere: FRUSCELLA

11C0114

ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. **3**

Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 27 gennaio 2011
(del Presidente del Consiglio dei ministri)

Bilancio e contabilità pubblica - Norme della Regione Sardegna - Contenimento spesa pubblica - Patto di stabilità territoriale - Comunicazione degli enti locali al Ministero dell'economia degli elementi informativi occorrenti per la verifica del mantenimento dell'equilibrio dei saldi di finanza pubblica - Previsione del termine del 30 settembre di ciascun anno e in via transitoria, per il 2010, termine di sette giorni dall'entrata in vigore della legge regionale - Contrasto con le disposizioni nazionali sulle scadenze entro le quali deve essere effettuata la rimodulazione e la conseguente comunicazione degli obiettivi dei singoli enti locali al Ministero dell'economia - Lamentato ostacolo al perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza legislativa statale nella materia concorrente del coordinamento della finanza pubblica, violazione dell'obbligo di osservanza dei vincoli comunitari, esorbitanza dalle competenze statutarie, violazione del principio dell'unità economica della Repubblica.

– Legge della Regione Sardegna 19 novembre 2010, n. 16, art. 6.
– Costituzione, artt. 117, commi primo e terzo, 119, comma secondo, e 120, comma secondo; Statuto della Regione Sardegna, art. 3, comma 1, lett. *b)*, Titolo III; decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133, art. 77-*ter*; decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, in legge 9 aprile 2009, n. 33, art. 7-*quater*, comma 7.

Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui Uffici in Roma, via dei Portoghesi 12, è domiciliato, nei confronti della Regione Autonoma della Sardegna in persona del suo Presidente per la dichiarazione della illegittimità costituzionale della legge regionale 19 novembre 2010, n. 16 - Disposizioni relative al patto di stabilità - art. 6 (B.U.R. n. 35 del 27 novembre 2010).

«Art. 6 *(Norme attuative e transitorie).*

1. Gli enti locali trasmettono le richieste di modifica di cui all'articolo 3, comma 2 all'Assessorato regionale degli enti locali, finanze e urbanistica, entro il 30 settembre di ciascun anno.

2. In via transitoria, per l'anno 2010, in sede di prima applicazione gli enti locali trasmettono le richieste di modifica di cui al comma 1, entro sette giorni dall'entrata in vigore della presente legge».

Le norme attuative e transitorie introdotte all'art. 6 della legge in esame — recante la disciplina del patto di stabilità territoriale, secondo quanto previsto dall'art. 77-*ter* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 — non sono conformi alle disposizioni nazionali per quanto riguarda le scadenze entro le quali deve essere effettuata la rimodulazione e la conseguente comunicazione degli obiettivi dei singoli enti locali al Ministero dell'economia e finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato.

Detta disciplina, infatti, non consente di effettuare il monitoraggio del patto di stabilità interno, le cui disposizioni sono poste a salvaguardia dell'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari.

In particolare, individuando il termine del 30 settembre di ciascun anno e, in via transitoria per l'anno 2010, il termine di sette giorni dall'entrata in vigore della legge in oggetto (decorrenti, pertanto, dal 27 novembre 2010) per la comunicazione, al Ministero dell'economia e delle finanze, degli elementi informativi occorrenti per la verifica del mantenimento dell'equilibrio dei saldi di finanza pubblica, l'intervento regionale si pone in contrasto con quanto prevede l'art. 7-*quater*, comma 7, del decreto-legge del 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni dalla legge 9 aprile 2009, n. 33 che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 77-*ter*, comma 11, dispone che la Regione comunichi al Ministero dell'economia e delle finanze, entro il mese di maggio di ciascun degli anni 2009/2011, con riferimento a ciascun ente locale, gli elementi informativi occorrenti per la verifica del mantenimento dell'equilibrio dei saldi di finanza pubblica.

È di tutta evidenza che, nel sistema delineato dal legislatore nazionale per la regionalizzazione del patto di stabilità, la comunicazione resa dalla Regione entro il termine del 31 maggio di ogni anno non può che riguardare le modifiche regionali degli obiettivi assegnati agli enti locali al fine dì consentire al Ministero dell'economia e delle finanze di verificare, attraverso il monitoraggio semestrale, il mantenimento dei saldi di finanza pubblica nel corso dell'anno.

Invece l'art. 6 in esame, prevedendo termini successivi per la comunicazione degli elementi informativi occorrenti per la verifica del mantenimento dell'equilibrio dei saldi di finanza pubblica, non consente al Ministero dell'economia di effettuare il monitoraggio nel corso degli anni 2010 e successivi, monitoraggio che, ai sensi dell'articolo 77-*bis*, comma 14, del citato decreto-legge n. 112 del 2008, non è diretto solo alla verifica degli adempimenti relativi al patto, ma anche all'acquisizione di elementi informativi utili per la finanza pubblica.

Inoltre, in assenza del termine del 31 maggio (da ultimo differito al 30 giugno dall'art. 1, commi 140 e 142 della legge 13 dicembre 2010, n. 220 - Legge di stabilità per l'anno 2011) previsto dalla legislazione nazionale per la comunicazione al Ministero dell'economia e delle finanze delle modifiche agli obiettivi del patto di stabilità interno, la disciplina regionale del patto di stabilità interno risulta priva della natura programmatoria che caratterizza le norme statali e si configura come una disciplina elusiva del regime sanzionatorio previsto a livello nazionale.

Infatti, la previsione di termini (30 settembre di ciascun anno e 4 dicembre per l'anno 2010) per la trasmissione alla Regione, da parte degli Enti locali, delle richieste di rimodulazione dei propri obiettivi, rende possibili interventi che potrebbero configurarsi come «sanatoria» di fine esercizio, finalizzati esclusivamente a far risultare adempienti il maggior numero di enti locali.

La disciplina regionale del patto di stabilità interno, come prevista dalle disposizioni all'esame, potrebbe rendere sempre più difficile nel tempo il raggiungimento degli obiettivi del patto di stabilità interno, comportando effetti peggiorativi sui saldi di finanza pubblica, in ragione del fatto che gli enti, confidando appunto nella «sanatoria a chiusura dell'esercizio», potrebbero essere indotti a comportamenti finanziari poco virtuosi.

Sulla base di quanto esposto si ritiene che l'art. 6 della legge regionale in esame ecceda dalle competenze statutarie, in particolare da quanto previsto dall'art. 3, comma 1, lett. *b)*, nonché dal Titolo III dello stesso Statuto.

La materia di cui trattasi, infatti, non può farsi rientrare nell'ordinamento degli enti locali, trattandosi chiaramente di regole volte al raggiungimento del patto di stabilità interno per concorrere a quello più ampio che è rappresentato dal patto di stabilità e crescita europeo.

Neppure vale considerare il Titolo III dello Statuto, in riferimento alle Finanze - Demanio e patrimonio, in quanto trattasi di materia che necessariamente esula dalla competenza della Regione.

Le disposizioni censurate contrastano con la normativa statale di riferimento sopra richiamata e violano gli articoli 117, comma 1 e 3, 119, comma 2, e 120, comma 2, della Costituzione in riferimento, rispettivamente, ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, al coordinamento della finanza pubblica e alla tutela dell'unità economica della Repubblica.

P.Q.M.

Si conclude perché le disposizioni regionali impugnate siano dichiarate costituzionalmente illegittime.

Si producono:

estratto della delibera del Consiglio dei Ministri del 21 gennaio 2011;

relazione, allegata alla medesima delibera, del Ministro per i rapporti con le regioni;

legge regionale n. 16 del 19 novembre 2010.

Roma, addì 22 gennaio 2011

L'Avvocato dello Stato: Gabriella D'AVANZO

11C0081

N. **4**

Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 1º febbraio 2011
(del Presidente del Consiglio dei ministri)

Gioco e scommesse - Norme della Provincia di Bolzano - Disciplina dei giochi pubblici con vincita in denaro - Lamentata invasione del ruolo riservato allo Stato nella materia del gioco lecito - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza statale esclusiva in materia di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza.

– Legge della Provincia di Bolzano 22 novembre 2010, n. 13, art. 1, che inserisce l'art. 5-*bis* nella legge della Provincia di Bolzano 13 maggio 1992, n. 13, e art. 2, che inserisce il comma 1-*bis* nell'art. 11 della legge della Provincia di Bolzano 14 dicembre 1988, n. 58.

– Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. *h)*; decreto legislativo 14 aprile 1948, n. 496; decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, art. 38; decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, art. 12.

Ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore* rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato legale domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi n.12, per la declaratoria dell'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge della Provincia Autonoma di Bolzano n. 13/2010, pubblicata sul B.U.R. n. 48 del 30 novembre 2010, recante «Disposizioni in materia di gioco lecito», in relazione all'art. 117 lett. *h)* della Costituzione, per eccesso dalla competenza della Provincia Autonoma di Bolzano.

In data 30 novembre 2010 la Provincia Autonoma di Bolzano ha pubblicato sul Bollettino Ufficiale delle Regioni la Legge Provinciale n. 13 del 22 novembre 2010.

Con l'art. 1 di tale legge viene inserito un ulteriore articolo dopo l'art. 5 della legge provinciale 13 maggio 1992 n. 13, che così dispone:

«Art. 5-*bis* (Giochi leciti). — 1. Per ragioni di tutela di determinate categorie di persone e per prevenire il vizio del gioco, l'autorizzazione di cui all'articolo 1, comma 2, per l'esercizio di sale da gioco e di attrazione non può essere concessa ove le stesse siano ubicate in un raggio di 300 metri da istituti scolastici di qualunque grado, centri giovanili o altri istituti frequentati principalmente dai giovani o strutture residenziali o semiresidenziali operanti in ambito sanitario socio-assistenziale. L'autorizzazione viene concessa per 5 anni e ne può essere chiesto il rinnovo dopo la scadenza. Per le autorizzazioni esistenti il termine di 5 anni decorre dal 1° gennaio 2011.

2. con delibera della Giunta provinciale possono essere individuati altri luoghi sensibili in cui può non essere concessa l'autorizzazione per l'esercizio di sale gioco o di attrazione, tenuto conto dell'impatto della stessa sul contesto urbano e sulla sicurezza urbana nonché dei problemi connessi con la viabilità, l'inquinamento acustico e il disturbo della quiete pubblica.

3. È vietata qualsiasi attività pubblicitaria relativa all'apertura o all'esercizio di sale da giochi e di attrazione.

4. L'esercente deve prestare idonee garanzie affinché sia impedito l'accesso ai minorenni a giochi vietati ai minorenni ai sensi del Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931 n. 773, e successive modifiche. Con delibera della Giunta provinciale sono determinati i relativi criteri».

Il secondo comma dell'art. 1 della predetta legge provinciale ha sostituito, nell'articolo 12 della legge provinciale 13 maggio 1992 n. 13, e successive modifiche, alle parole: «Ogni violazione delle disposizioni contenute negli articoli 2, 5, 6, 8 e 9 della presente legge» le parole «Ogni violazione delle disposizioni contenute negli articoli 2, 5, 5-*bis*, 6, 8 e 9».

Il secondo comma dell'art. 2 della citata legge provinciale n. 13/2010 ha inserito dopo il comma 1 dell'articolo 11 della legge provinciale 14 dicembre 1988 n. 58 il seguente comma: «1-*bis* — Anche i giochi leciti non possono essere messi a disposizione in un raggio di 300 metri da istituti scolastici di qualunque grado, centri giovanili o altri istituti frequentati principalmente da giovani o strutture residenziali o semiresidenziali operanti in ambito sanitario o socio-assistenziale. La giunta Provinciale può individuare altri luoghi sensibili, in cui i giochi non possono essere messi a disposizione».

Si ritiene che le predette disposizioni eccedano la competenza della Provincia Autonoma di Bolzano, per i seguenti

MOTIVI

Si osserva, preliminarmente, che l'intera disciplina, primaria e secondaria, del gioco e delle scommesse in Italia si basa sull'art. 1 del decreto legislativo n. 496 del 14 aprile 1948, che recita: «L'organizzazione e l'esercizio dei giuochi di abilità e dei concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato».

Tale disposizione trae il proprio fondamento costituzionale dall'art. 43 della Costituzione, secondo il quale «a fini di utilità generale la legge può riservare originariamente allo Stato o ad enti pubblici determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale».

La *ratio* storica di tale riserva in favore dello Stato risiede nei rilevanti interessi coinvolti nel gioco, quali le esigenze di contrasto del crimine e, più in generale, di ordine pubblico, di fede pubblica, nella necessità di tutela dei giocatori e di controllo di un fenomeno che è suscettibile di coinvolgere flussi cospicui di denaro, a volte di provenienza illecita. A decorrere dal 2002 l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato è divenuta il soggetto preposto all'esercizio di tutte le funzioni statali in materia di giochi pubblici.

Il ruolo riservato allo Stato nella materia *de qua* è confermata dalle disposizioni recate dall'art. 117 della Carta costituzionale, ove la ripartizione della competenza a legiferare fra Stato ed Enti locali trova un confine nella necessità di tutelare i profili di interesse generale quali quelli caratterizzanti l'intervento normativo in materia di gioco pubblico.

Infatti la materia del gioco lecito deve essere necessariamente ricondotta alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, che la lettera *h)* dell'art. 117 Cost. riserva allo Stato, atteso che attraverso il controllo del gioco lecito lo Stato evita diverse conseguenze che potrebbero verificarsi in caso di privatizzazione del gioco lecito, quali il riciclaggio del denaro di illecita provenienza, le forme di violenza nei confronti dei giocatori insolventi, l'incremento dei patrimoni della malavita organizzata.

Del resto la legislazione in materia di gioco lecito si è andata sempre più orientando non tanto verso una sottolineatura del disvalore morale del gioco d'azzardo, bensì verso la diffusione sempre più capillare del gioco lecito allo scopo di garantire il controllo statale sul gioco a fini di sicurezza e di ordine pubblico. In particolare, l'art. 38 d.l. n. 223 del 2006 (cd. «decreto Bersani») e per l'art. 12 d.l. n. 39 del 2009 (cd. «decreto Abruzzo») hanno posto in evidenza come l'interesse da proteggere è quello alla massima diffusione del gioco lecito al fine di evitare il deflusso di giocatori e capitali verso l'offerta illegale, in modo da controllare e gestire la domanda di gioco (indirizzandola versa la legalità e la regolarità), in un'ottica di costante «monitoraggio» e «tracciamento» dei flussi economici derivanti dalle attività di gioco.

Al riguardo, giova rammentare che la relazione introduttiva al cd. «decreto Bersani» poneva inequivocabilmente l'accento sulla necessità di realizzare una «distribuzione capillare, professionale, facilmente distinguibile e controllabile dei giochi pubblici», mediante «l'ampliamento dell'offerta con nuove tipologie di giochi che risultino competitive rispetto a quelli illegali o irregolari, in particolare sulla rete internet».

Dunque, se la normativa si è andata sempre più orientando verso la maggiore diffusione possibile del gioco lecito controllato dalla Stato, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha più volte sottolineato come tale materia debba essere ricondotta a quella della tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Si legge, infatti, nella sentenza n. 184/2004 della Corte costituzionale: «Le fattispecie penali di cui agli artt. 718 e ss. [del T.U.P.S.] rispondono, invece, all'interesse della collettività a veder tutelati la sicurezza e l'ordine pubblico in presenza di un fenomeno che si presta a fornire l'habitat ad attività criminali. La stessa preoccupazione è stata del resto avvertita anche a livello comunitario: la Corte di giustizia, in più di una occasione (sentenza 21 ottobre 1999, causa C-67/98 e sentenza 24 marzo 1994, causa C-275/92), ha affermato che spetta agli stati membri determinare l'ampiezza della tutela dell'impresa con riferimento al gioco di azzardo ed ha fondato la discrezionalità di cui devono godere le autorità nazionali, oltre che sulle sue dannose conseguenze individuali e sociali, proprio sugli elevati rischi di criminalità e di frode che ad esso si accompagnano».

Ancor più puntualmente la sentenza della Corte costituzionale n. 237 del 2006 ha chiarito che le modalità di installazione ed uso dei giochi leciti «attengono chiaramente alla materia dell'ordine pubblico e sicurezza non compresa nell'articolo 9 dello Statuto e che l'art. 117, secondo comma, lettera *h)*, Cost. attribuisce alla potestà legislativa esclusiva dello Stato» e che in tale materia «rientra non soltanto la disciplina dei giochi d'azzardo, ma, inevitabilmente, anche quella relativa ai giochi che (...) non sono ritenuti giochi d'azzardo (si tratta delle ipotesi di cui al comma 6 dell'art. 110 TULPS)». Peraltro la più recente sentenza della Corte costituzionale n. 72 del 26 febbraio 2010, nel ribadire che la riserva allo Stato attiene non solo ai giochi ritenuti d'azzardo ma anche ai giochi non d'azzardo, ha evidenziato «i caratteri comuni dei giochi — aleatorietà e possibilità di vincite in denaro — cui si riconnette un disvalore

sociale, la conseguente forte capacità di attrazione e concentrazione di utenti e la probabilità altrettanto elevata di usi illegali degli apparecchi impiegati per lo svolgimento degli stessi anche nel caso dei giochi leciti. Rispetto alle finalità di tutela dell'interesse pubblico ad una regolare e civile convivenza perseguite dal legislatore statale, il luogo o il locale in cui si sono realizzati certi comportamenti (installazione ed uso di apparecchi da gioco) è solo un elemento fattuale che non può spostare l'ordine delle competenze.».

In particolare, quest'ultima sentenza della Consulta, proprio in materia di giochi leciti, ha affermato che «questa Corte ha più volte affermato che le Province autonome non sono titolari di competenza propria nella materia dell'ordine pubblico e della sicurezza, nella materia cioè relativa «alla prevenzione dei reati e al mantenimento dell'ordine pubblico», inteso quest'ultimo quale «complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale», stante la riserva esclusiva allo Stato dei provvedimenti non riconducibili alla polizia amministrativa (sentenza n. 129 del 2009). Alla Provincia autonoma di Bolzano ed al suo Presidente sono, pertanto, attribuiti, in relazione alle materie di propria spettanza, solo compiti di polizia amministrativa, sempre che la loro rilevanza si esaurisca all'interno delle attribuzioni regionali dirette a disciplinare le richiamate materie, senza toccare quegli interessi di fondamentale importanza per l'ordinamento che è compito dello Stato curare attraverso la tutela dell'ordine pubblico.», con ciò confermando che la materia dei giochi leciti, rientrando nella più ampia fattispecie della tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, è di esclusiva competenza statale.

La Corte, peraltro, ha aggiunto che «l'individuazione dei giochi proibiti e la disciplina di quelli leciti risponde ad esclusive esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini. La circostanza che l'osservanza di tali prescrizioni sia imposta nei locali destinati ad ospitare pubblici esercizi non vale, infatti, a sottrarre la disciplina in questione alla materia riservata alla potestà legislativa statale, essendo il predetto provvedimento estraneo alle finalità che contraddistinguono la disciplina degli esercizi pubblici.».

La riserva statale del gioco lecito, la cui la legittimità costituzionale è stata dunque riconosciuta anche a livello comunitario, riguarda tutte le fattispecie concernenti le offerte di gioco, sia quelle effettuate tramite i tradizionali canali distributivi presenti sul territorio, mediante le c.d. reti fisiche, sia le offerte effettuate con i nuovi canali di diffusione dei giochi da remoto, tra i quali internet.

In tale contesto normativo, appare evidente che la legge provinciale in esame, mediante gli interventi novativi sopra richiamati sulle leggi provinciali n. 13 del 13 maggio 1992 e n. 58 del 14 dicembre 1988, si pone in contrasto con le disposizioni di cui all'art. 117 Cost., sia perché gli interventi in questione si riferiscono espressamente alla materia dei «giochi leciti» in ordine ai quali sussiste la richiamata riserva statale, sia perché introducono limiti ed ostacoli alla diffusione capillare del gioco lecito statale, diffusione ritenuta conforme all'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza.

Né può ritenersi che nel caso di specie si verta in materia di esercizi pubblici, in relazione ai quali, fermi restando i requisiti soggettivi richiesti dalle leggi dello Stato per ottenere le licenze, la Provincia Autonoma di Bolzano ha competenza legislativa concorrente (art. 9, n. 7, dello statuto speciale). Infatti non può ritenersi prevalente la previsione di cui all'art. 1 del d.P.R. n. 686 del 1973 (Norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti esercizi pubblici e spettacoli pubblici), secondo la quale la Provincia esercita nella materia degli esercizi pubblici le attribuzioni degli organi centrali e periferici dello Stato nei limiti di cui all'art. 9, n. 7, dello Statuto. Pertanto, con riferimento alla disposizioni recate dalla citata legge ‚provinciale n. 13/2010, si rilevano profili di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117 Cost., in quanto la disciplina dei giochi pubblici con vincita in denaro, riservata allo Stato dal richiamato d.lgs. del 14 aprile 1948, non può essere oggetto di formazione emanata da organismi territoriali, seppur caratterizzati dall'autonomia.

P.Q.M.

Si conclude affinché codesta ecc.ma Corte costituzionale voglia dichiarare fondata la questione di legittimità costituzionale relativa alle norme in epigrafe e per l'effetto, dichiarare l'incostituzionalità delle predette norme per eccesso dalla competenza della Provincia Autonoma di Bolzano.

Roma, addì 21 gennaio 2011

L'Avvocato dello Stato: Roberta TORTORA

11C0082

N. **30**

Ordinanza del 26 novembre 2010 emessa dalla Corte di cassazione nel procedimento penale a carico di B. M.

Processo penale - Misure cautelari personali - Custodia cautelare - Termini di durata - Computo - Pluralità di ordinanze per fatti connessi - Decorrenza dei termini dalla prima ordinanza nelle ipotesi in cui per i fatti contestati nella prima ordinanza l'imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato, prima dell'adozione della seconda misura - Preclusione, nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione - Violazione del principio di ragionevolezza, del principio che riserva alla legge la durata dei termini di custodia preventiva e del principio di non colpevolezza sino alla condanna definitiva.

– Codice di procedura penale, art. 297, comma 3.
– Costituzione, artt. 3, 13, comma quinto, e 27, comma secondo.

IL TRIBUNALE

Ritenuto in fatto

1. — B. M., è stato colpito da due ordinanze coercitive emesse dal GIP di Milano in due solo apparentemente, in una prospettiva diacronica, distinti procedimenti (entrambi sub 51746/2005 R.G. P.M. Mod. 21): la prima datata 18 maggio 2008, alla quale è conseguito l'arresto in data 20 maggio 2008, per il delitto, consumato in Rovello e Milano il 30.9/1.10.2006, in concorso, di cui all'art. 73 d.P.R. n. 209 del 1990 — detenzione e spaccio, in concorso, di kg 2 circa'di cocaina — per il quale è stato condannato, in seguito a giudizio abbreviato, alla pena della reclusione di anni sei e mesi otto, con sentenza del 16 settembre 2008, passata in giudicato per non avere il condannato proposto impugnazione; la seconda, — emessa nello stesso procedimento proseguito nei confronti degli imputati, alcuni dei quali, come C. F. concorrenti col B. nel fatto di detenzione e spaccio di cui al primo arrestò — datata 24 settembre 2009 ed eseguita il 14 ottobre 2009, per i delitti ex artt. 73 e 74 (detenzione e cessione di sostanze stupefacenti e partecipazione ad associazione finalizzata al loro commercio) commessi nel corso dell'anno 2006 e fino al gennaio 2007.

2. — Il tribunale di Milano con ordinanza in data 6 maggio 2010, rigettava l'appello proposto dal B. avverso il provvedimento del G.i.p. 1° aprile 2010 di rigetto dell'istanza di scarcerazione per decorrenza dei termini di durata massima di fase della custodia cautelare applicata con la seconda ordinanza del 24 settembre 2009, per l'assorbente rilievo, ai fini della inoperatività della retrodatazione prevista dall'art. 297, comma 3 c.p.p. per i casi di contestazione a catena, del difetto del presupposto della necessaria coesistenza della pluralità delle misure. Per la verità alla data della seconda ordinanza del 24 settembre 2009 era già passata in giudicato la sentenza datata 16 settembre 2008 in ordine al fatto contestato con il primo titolo custodiale e, di conseguenza, il tribunale riteneva preclusa l'applicazione dell'art. 297.3 comma in forza della regola tratta ex art. 272.3 comma c.p.p., da Cass. sez. Un. C.c. 23 aprile 2009, n. 20780 (dep.18 maggio 2009), Iaccarino, nei seguenti termini: in tema di cosiddetta contestazione a catena la disciplina prevista dal predetto articolo per il computo dei termini di custodia cautelare — nel senso che questi decorrono dal primo titolo custodiale nel caso che il successivo titolo venga emesso per fatti connessi ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera *b)* e *c)* con quelli oggetto del primo e commessi anteriormente alla sua emissione — non è applicabile nella ipotesi in cui per i fatti contestati con la prima ordinanza l'imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato ancor prima della emissione della seconda misura.

Riteneva, peraltro, il tribunale, come in precedenza il G.i.p., che nessuna incidenza nella decisione poteva avere la circostanza della scarcerazione, per la ritenuta scadenza dei termini di custodia cautelare, nei confronti del coimputato C. F., la cui posizione cautelare del tutto identica a quella del B. — entrambi in custodia per i fatti di reati di cui alle ordinanze sopra richiamate — aveva comportato, ex art. 272, comma 3 c.p.p. la sua scarcerazione, per ritenersi essere decorso il termine di custodia dal giorno del suo primo arresto per il delitto ex art. 73 DPR 309/1990, non essendo intervenuto per tale titolo alcun giudicato; il B. invece, doveva essere ancora ristretto e per via della stessa imputazione perché su questa era stato era stato celebrato giudizio abbreviato definito irrevocabilmente con la sentenza di condanna poco sopra richiamata.

3. — Avverso la sopra riportata ordinanza ha proposto ricorso l'imputato, tramite difensore, criticando la regola *iuris* stabilita dalle Sezioni unite — C.c. 23 aprile 2009 (dep. 18 maggio 2009, Iaccarino R.V. 243322) — con il segnalare che l'art. 273 c.p.p., così come autorevolmente determinato, violerebbe la *ratio* di garanzia posta a fondamento della disposizione, e sosterrebbe «l'arbitrio del p.m. interessato a ritardare la richiesta di ulteriore ordinanza al fine di attendere la definizione, con il passaggio in giudicato della decisione, del primo procedimento». Nella specie, come già rilevato davanti al G.i.p. che ha emesso la seconda misura cautelare coercitiva, sussistevano tutti i presupposti condizionanti l'operatività dell'art. 297.3 comma codice di rito: *a)* i fatti di cui alle due ordinanze erano stati commessi prima della emissione del primo provvedimento restrittivo, *b)* erano chiaramente connessi ai sensi dell'art. 12, comma 1 c.p.p. (il reato permanente contestato è a struttura chiusa e nel periodo della sua operatività si collocano i reati — fine dell'associazione criminosa) *c)* ancora le indagini, basate esclusivamente sulle intercettazioni telefoniche, cessano a fine gennaio 2007, prima ancora dell'emissione delle due ordinanza cautelari. È da sottolineare che in base agli stessi presupposti erano intervenuta la scarcerazione di coindagati che non avevano optato per il giudizio abbreviato ed il cui procedimento era continuato con il rito ordinario.

Considerato in diritto

4. — L'autorevole *dictum* delle Sezioni Unite, sopra richiamate, costituisce diritto vivente e per la funzione di nomofilachia delle sentenze delle corte di legittimità, nella espressione della sua massima autorevolezza, il giudice di merito ad essa si è opportunamente adeguato. Ed in relazione alla disposizione così come ricostruita dal giudice di legittimità non pare dubbio che la ordinanza del tribunale di Milano dovrebbe essere confermata.

Ma, ad avviso del collegio, la disposizione così come da ultimo ricostruita dalle Sezioni Unite non tranquillizza sul versante del rispetto di principi costituzionali di grande momento: sul versante dell'art. 3 Cost., perché quella disciplina sembra irragionevole nella misura — ed il caso di specie ne costituisce una classica esemplificazione con riferimento ai coimputati scarcerati per non essersi nei loro confronti formato per l'appunto il giudicato — in cui tratta in modo diseguale fattispecie del tutto eguali; sul fronte dell'art. 13.5 comma Cost., in quanto, inserendo tra gli elementi ostativi alla scarcerazione un dato — il passaggio in giudicato della sentenza correlata al reato di cui alla prima ordinanza cautelare, viola la regola costituzionale che vuole i termini di custodia cautelare determinati dal legislatore, e non da iniziative, dolose o colpose che siano del pubblico ministero ovvero da circostanze accidentali per nulla partecipanti alle esigenze di garanzia che devono presiedere alla libertà personale dell'imputato in corso di processo; sul versante, infine, dell'art. 27, secondo comma Cost. che rischia di essere eluso ove sia prevedibile che la pena definitiva in corso di esecuzione —, per l'essersi formato il giudicato in ordine ai reati meno gravi di cui alla prima, in ordine di tempo, ordinanza cautelare — dovrà essere imputata, in forza del nesso di continuazione che li avvince con i reati più gravi, ancora *sub judice*, di cui alla seconda ordinanza cautelare, alla pena conseguente al sopravveniente giudicato di condanna per questi ultimi.

5. — Peraltro la, ritenuta efficacia ostativa del giudicato, formatosi con riferimento ai reati della prima ordinanza cautelare, alla retrodatazione della custodia cautelare disposta per reati in connessione qualificata con i primi, si regge su considerazioni che la stesse Sezioni Unite qualificano come «ragioni di ordine letterale e logico-sistematico», collocandosi così nella prospettiva propria della giurisprudenza dei concetti e non degli interessi. Mentre sono proprio gli interessi di rango costituzionale con i quali gli argomenti letterali e logico-sistematici devono fare i conti.

Ora, per dettato costituzionale, — l'art. 13.5. comma Cost. — le garanzie per la libertà dell'imputato devono essere salvaguardate dalla incidenza di fattori di incerta determinazione, quali, esemplificando, la colpa del giudice nella conoscenza degli atti processuali, 1'eccessivo carico di lavoro gravante sugli uffici, le disfunzioni o addirittura le efficienza degli uffici, nella misura in cui da tutte queste situazioni derivano disparità di trattamento tra situazioni omologhe.

Nella fattispecie in esame nel troncone di un unico originario procedimento, era avvenuto che per 1'imputato — oggi ricorrente — per il primo reato contestato, in seguito a giudizio abbreviato, era intervenuto il giudicato, mentre il procedimento era proseguito nei confronti dei coimputati concorrenti per il primo reato e per altri reati successivamente contestati all'attuale ricorrente, in concorso sempre con altri. Con la irragionevole conseguenza che i concorrenti con il B. per il primo reato e per gli altri successivamente contestati hanno maturato il diritto alla scarcerazione per decorrenza termini per aver proseguito il giudizio ordinario, mentre il B. che ha promosso o condiviso il rito abbreviato, senza poi nemmeno impugnare la statuizione di condanna,è rimasto detenuto per titoli di reato contestati successivamente, anche se gli stessi erano stati commessi anteriormente alla prima ordinanza cautelare, erano avvinti al primo reato da

connessione qualificata, erano, secondo le ragioni difensive per nulla contestate dall'ordinanza impugnata, addirittura conoscibili, per essere stati tratti da intercettazioni telefoniche cessate al gennaio 2007, in forza degli atti originariamente acquisiti.

6. — Ma non è solo il principio di eguaglianza che viene mortificato dalla intrusione del giudicato in una regolamentazione attenta ai valori di garanzia per la libertà dell'imputato sia pure in un contesto che deve pur essere attento all'equilibrio con le esigenze contrapposte di difesa sociale. Le quali ultime, però, non hanno impedito, ed anche in epoca ormai risalente, alla stessa Corte costituzionale — n. 89/1996 — e n. 408/2005 — di esternazioni rigide e recise: come quelle sull'esigenza di «comprimere entro spazi sicuri il termine di durata massima delle misure cautelari, in perfetta aderenza a quanto previsto dall'art. 13, ultimo comma della carta fondamentale….. onde impedire la diluizione dei termini in ragione dell'episodico concatenarsi di più fattispecie cautelari» (in termini, Corte cost. n. 89/1996). Ed ancor con più forza, e con un lungimirante previsione di fattispecie analoghe a quelle sottoposte al suo esame, si era anche detto che se il legislatore, «in perfetta aderenza con i valori di certezza e di durata minima della custodia cautelare (v. art. 13.comma 1 e ult. Cost., nonché art. 5, comma 3 Convenzione europea dei diritti dell'uomo) ha ritenuto di dover stabilire meccanismi legali di retrodatazione automatica dei termini in presenza di certe condizioni (e non di altre), nel caso in cui tra i diversi reati sussista l'indicato nesso di qualificazione, *a fortiori* 1'identico regime di garanzia dovrà operare in tutti i casi in cui, pur potendo i diversi provvedimenti coercitivi essere adottati in un unico contesto temporale, per qualsiasi causa l'autorità giudiziaria abbia invece prescelto momenti diversi per l'adozione delle singole ordinanze «(Corte cost. n. 408/2005)

In tale panorama di regole rafforzate, 1'avere stabilito che la formazione del giudicato correlato al primo reato in connessione qualificata elimina il dato imprescindibile della contestualità delle misure, condizione per la disciplina della retrodatazione o retro imputazione che dir si voglia, in modo da creare una netta cesura con la carcerazione che prosegue per i reati ancora *sub judice* riflette una concezione del giudicato superata dai tempi della legislazione.

L'irrefragabilità del giudicato si fonda sulla convenienza politica di porre fine al processo nella misura in cui si sia pervenuto ad una certezza relativa entro un sistema che però consente e impone superarla, quella irrefragabilità, ove esigenze di verità e di giustizia irrompano sulla scena del processo. Per quel che in questa sede interessa il giudicato, lungi dal cristallizzare la situazione processuale anche con riferimento alla pena stabilita, diviene permeabile, per questo aspetto, tanto da essere modificato e ridotto per la sopravvenienza di eventi, quale il riconoscimento del nesso della continuazione tra il reato giudicato ed altri *sub judice*. Ne consegue che la sopravvenienza del giudicato in ordine ad un reato in connessione qualificata con altro ancora da giudicare non dà luogo a entità giuridiche del tutto svincolate, ma ad entità giuridiche che, in un coordinamento razionale del sistema, interagiscono tra loro onde evitare di dar luogo a carcerazione ingiuste,da un lato, dall'altro, di pari passo, a carcerazioni preventive che per la loro durata debordano dai limiti che il legislatore ha previsto per i reati collegati ed alle condizioni stabilite dall'art. 297, comma 3 c.p.p.

Ne dovrebbe conseguire che il fatto che sia intervenuto il giudicato con riferimento ai reati di cui alla prima ordinanza non ha alcun significato rilevante ai fini di giustificatamente depotenziare la *ratio* di garanzia sottesa alla disciplina della retrodatazione, la cui previsione e conseguente applicazione non sopporta limitazioni, giusto I'ammonimento del giudice delle leggi, che non siano giustificate da ragioni e situazioni in cui si coagulino interessi e valori di pari o superiore rango costituzionale. Conclusione questa del resto già condivisa,sia pur nella prospettiva della diversa fattispecie del giudicato intervenuto successivamente alla emissione della seconda ordinanza cautelare per reati qualificati dalla connessione con quelli di cui ad una prima ordinanza, da Cass. sez. I, 4 marzo 2010 n. 10443, Diviggiano, le cui considerazioni peraltro restano sempre attuali, in una prospettiva attenta ai valori costituzionali, anche nell'ipotesi il cui il giudicato si sia *per accidens* formato, non dopo, ma prima della emissione della seconda misura cautelare.

6. — E la friabilità del giudicato penale serve ad evidenziare la possibile violazione di altro parametro costituzionale, quello costituito dal principio di non colpevolezza — art. 27.2 comma Cost. —, e quindi della non meritevolezza di pena, sino alla condanna definitiva, ove si ritenesse il giudicato formatosi in relazione ad un solo dei reati in connessione qualificata e nelle ulteriori condizioni previste dall'art. 275.3 comma c.p.p., sia ostativo al computo dei termini di custodia cautelare decorrenti dal giorno della esecuzione della prima ordinanza cautelale. Il rischio che si corre è di imputare I esecuzione della pena definitiva in corso per il reato già giudicato, in seguito alla più che probabile riduzione di pena per il riconoscimento del nesso della continuazione, alla pena conseguente ai reati di cui alla seconda ordinanza cautelare ed ancora *sub judice*. L'imputato sconterebbe una pena per il reato o i reati per i quali ancora non è intervenuta la sentenza definitiva.

Inconvenienti tutti di grande momento e che si potrebbero evitare sol che si consentisse l'emersione, nella fattispecie, di quella situazione latente, ben sottolineata dalla Corte costituzionale, dell'esistenza cioè di «elementi (*rectius reati*) con correlazione contenustica di spessore tale da consentirne una valutazione unitaria agli effetti del trattamento

cautelare, a cui consegue gioco forza la necessità di comprimere entro spazi sicuri il termine di durata massima delle misure cautelari e di impedire la diluizione dei termini in ragione dell'episodico concatenarsi di più fattispecie cautelari.

7. — Alla stregua di quanto sopra appare dunque non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3, 13, comma 5, 27 comma 2, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale della disposizione di cui all'art. 297, comma terzo c.p.p., nella parte in cui impedisce la retrodatazione della custodia cautelare in carcere nella ipotesi in cui per i fatti contestati nella prima ordinanza — in nesso qualificato, modale e temporale, descritto dal predetto articolo con i fatti di cui ad una seconda ordinanza — l'imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato prima della adozione della seconda misura.

Si impone pertanto la rimessione della questione alla Corte costituzionale per la sua decisione ai sensi degli artt. 1 L. Cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e legge 11 marzo 1953, n. 87.

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 297, comma 3 c.p.p. nella parte in cui impedisce la retrodatazione della custodia cautelare in carcere nelle ipotesi in cui per i fatti contestati nella prima ordinanza l'imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato, prima della adozione della seconda misura, con riferimento agli artt. 3, 13 e 27 Cost.

Sospende il giudizio e dispone la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Manda alla cancelleria per la notificazione dell'ordinanza alle parti, al Procuratore generale, alla Presidenza del Consiglio dei ministri, nonché ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso in Roma, il 28 ottobre 2010.

Il Presidente: SILVESTRI

Il consigliere relatore: IANNELLI

11C0077

N. **31**

Ordinanza del 20 ottobre 2010 emessa dal Tribunale di Salerno nel procedimento penale a carico di Accardi Rosalba ed altri

Processo penale - Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica - Responsabilità amministrativa da reato - Notificazioni all'ente - Prevista validità delle notificazioni eseguite mediante consegna al legale rappresentante, anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo - Violazione del principio di ragionevolezza - Contrasto con la direttiva di cui all'art. 11, lett. *q)*, della legge delega n. 300 del 2000 - Violazione dei principi del giusto processo - Violazione del diritto all'informazione, alla effettiva partecipazione al processo e alla difesa, garantiti anche dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

– Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, art. 43, comma 2.

– Costituzione, artt. 3, 24, 76 (in relazione all'art. 11, comma 1, lett. *q)*, della legge 29 settembre 2000, n. 300), 111 e 117, primo comma (in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia diritti dell'uomo e libertà fondamentali).

IL TRIBUNALE

Ha pronunciato la seguente ordinanza sciogliendo la riserva formulata sulle eccezioni sollevate dalle parti nel procedimento indicato in epigrafe, attualmente pendente nei confronti degli imputati e delle società indicati nel verbale di udienza del 20 ottobre 2010 in atti, di cui la presente ordinanza costituisce parte integrante.

1. — *Premessa*

All'udienza del 10 marzo 2010, a seguito del mutamento di un componente del Collegio, in mancanza del consenso delle difese alla rinnovazione degli atti mediante lettura, il procedimento regrediva alla fase delle richieste istruttorie; il Tribunale in tale occasione invitava le società costituite mediante il legale rappresentante/imputato a eliminare la situazione di incompatibilità in cui versavano ai sensi dell'art. 39 del d.lgs. n. 231/2001, che avrebbe, altrimenti, reso inammissibile la loro costituzione in giudizio, con ripercussioni sulla stessa scelta-nomina del difensore di fiducia, in quanto operata, appunto, da soggetto che riveste la duplice veste di imputato del reato-presupposto e di legale rappresentante della società chiamata a rispondere del corrispondente illecito amministrativo. Tale adempimento veniva dal tribunale ritenuto doveroso, essendo intervenuta la sentenza della Corte di cassazione n. 41398/2009, depositata il 28 ottobre 2009, che, nel ritenere manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata, in quel caso, proprio con riferimento all'art. 39 del d.lgs. n. 231/2001 rispetto alle norme di cui agli artt. 24, 3 e 111 della Costituzione, ossia ai principi di uguaglianza, del giusto processo e del diritto di difesa, ha affermato che il disposto normativo di cui all'art. 39 cit. non è incostituzionale con riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione perché la situazione di incompatibilità ben può essere rimossa dalla società. In particolare, osserva la Corte, che è pur sempre rimessa all'ente la scelta della costituzione — competendo ad esso e solo ad esso una siffatta scelta, onde evitare ingiustificate ingerenze nella sua sfera giuridica e decisionale — che potrà avvenire mediante la designazione di un nuovo legale rappresentante o di un soggetto che la rappresenti limitatamente alla costituzione medesima.

A fronte di tale interpretazione, che il tribunale non può ignorare per la sua portata decisiva, trattandosi di una norma che aveva fatto formulare anche alla dottrina dubbi di costituzionalità, si è ritenuto, quindi, di consentire alle società di sanare la loro posizione, provvedendo nei termini indicati dalla Corte di cassazione, affinché il loro diritto di difesa non fosse di fatto del tutto vanificato, avendo la stessa Corte Suprema pure affermato che il legale rappresentante che versa in situazione di incompatibilità non può neppure provvedere alla nomina del difensore di fiducia (alla declaratoria di inammissibilità consegue, secondo il ragionamento seguito dalla Corte, anche la inefficacia della nomina del difensore di fiducia), ragion per cui si sarebbe dovuto non solo dichiarare la contumacia della società costituitasi a mezzo del legale rappresentante incompatibile, ma anche designarsi un difensore di ufficio in luogo di quello di fiducia dalla medesima indicato.

All'udienza utile successiva si costituivano in giudizio la I.V.A.M. S.r.l. e la Bioagricola Cilento (il procedimento, come si rileva dal decreto che dispone il giudizio, ha ad oggetto la contestazione di delitti di truffa aggravata ai danni dello Stato per l'ottenimento di finanziamenti pubblici per la riforestazione, dei quali sono chiamate a rispondere anche le società di volta in volta coinvolte ai sensi della d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, i cui legali rappresentanti sono nella maggior parte dei casi imputati dei medesimi fatti-reato), le quali sollevavano una serie di eccezioni, rispetto a cui il tribunale formulava riserva di valutazione. Entrambe, tra l'altro, lamentano che i vari avvisi, di conclusione delle indagini o di fissazione dell'udienza preliminare, nonché lo stesso decreto che dispone il giudizio, sono stati notificati ai rispettivi legali rappresentanti delle due società, che erano al contempo imputati nello stesso procedimento e quindi incompatibili, nella prospettazione difensiva, anche rispetto alla ricezione degli atti notificati; sostengono di non avere, quindi, avuto conoscenza del procedimento, se non tardivamente, e, in buona sostanza, di non essersi potuti difendere a partire dalla fase delle indagini preliminari.

2. — *Rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale*

L'ordinanza adottata da questo collegio non ha risolto tutte le problematiche applicative di cui al d.lgs. n. 231, dal momento che esso, all'art. 43, comma 2, prevede una sorta di eccezione alla regola sopra enunciata della incompatibilità, ossia la possibilità che la notificazione avvenga presso il legale rappresentante dell'ente, sebbene incompatibile. Residua, pertanto, per il tribunale il problema di verificare la effettiva conoscenza del procedimento non solo con riferimento alle due società sopra indicate, che hanno sollevato le eccezioni, ma anche in relazione a tutte le altre società rimaste contumaci per le quali la notificazione degli atti, a partire da quelli relativi alla fase delle indagini preliminari (quali lo stesso avviso di conclusione indagini e successivi), è avvenuta sempre e comunque presso il legale rappresentante-imputato (si citano a mero titolo esemplificativo le società Alburnia Service il cui legale rappresentante è Chiumento Andrea; Canneto Cooperativa Agricola, il cui legale rappresentante è Pellegrino Angelo; Cerere Società a r.l., il cui legale rappresentante è Vadalà Giuseppe; Colline Alto Cilento, il cui legale rappresentante è Roselli Giuseppe; Fungo Puglia Cooperativa a r.l., il cui legale rappresentante è Altieri Domenico; La Comunità, il cui legale rap-

presentante è Glielmi Italo; La Dispensa, il cui legale rappresentante è Vadalà Teodoro; La Macina Felice il cui legale rappresentante è Colombo Maria; Nuovo Cilento il cui legale rappresentante è Cilento Giuseppe, ecc., molti dei quali ancora imputati nel presente procedimento, altri non più a seguito della pronunce di prescrizione dei rispettivi reati).

È facile rilevare, dal verbale di udienza, che dette società, come pure tante altre, sono state dichiarate contumaci; dal decreto che dispone il giudizio che i rispettivi legali rappresentanti sono tutti imputati; dalle relazioni di notificazione che gli atti sono stati notificati e consegnati ai legali rappresentanti/imputati.

Tanto premesso, ne discende la rilevanza della questione di illegittimità costituzionale che qui si intende, di ufficio, sollevare con riferimento all'art. 43, comma 2, d.lgs. n. 231/2001, rispetto agli artt. 117, primo comma Cost., 6 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo, 3, 24 e 111 della Costituzione sotto il profilo della violazione del diritto all'informazione, alla partecipazione e difesa, nonché rispetto all'art. 76 della Costituzione per violazione della direttiva impartita sul punto dall'art. 11, lett. *q)* della legge n. 300/2000.

Il collegio intende sottolineare la doverosità di una siffatta scelta: una volta applicato l'insegnamento della S.C. di cui alla sentenza n. 41398/2009, diventa assolutamente necessario verificare se quel sistema possa fondarsi su di una notificazione, che ai sensi dell'art. 43, comma 2 d.lgs. cit., è valida anche allorquando viene effettuata al legale rappresentante incompatibile.

2.1 — In punto di non manifesta infondatezza occorre partire dal dato testuale delle norme, innanzitutto dal disposto di cui all'art. 39, comma 1 in cui si legge che «L'Ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo».

Prima facie sembrerebbe che l'ente, nel caso in cui il suo legale rappresentante sia imputato, non abbia la possibilità di costituirsi in giudizio e di difendersi, ma così non è. Ed invero, sebbene con riferimento a siffatta ipotesi il legislatore non abbia inteso prevedere, per porre rimedio al conflitto, la designazione da parte del giudice di un terzo soggetto, (come avviene in altri ordinamenti o in quello italiano, ad esempio, che prevede la possibilità della nomina di un curatore speciale, ex art. 338 c.p.p., al minore che versi in situazione di incompatibilità ai sensi del'art. 121 c.p.), che rappresenti l'ente nel giudizio, non per questo si deve ritenere che non siano adottabili soluzioni per ovviarsi alla situazione conflittuale.

In realtà, la rado della scelta legislativa di non apprestarsi un rimedio *ad hoc* risiederebbe, secondo quanto affermato dalla Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza del 19 giugno 2009 già citata, nell'esigenza di salvaguardare l'autonomia dell'ente e di evitare l'ingerenza di un terzo nella sfera privata dell'ente, rimettendo a quest'ultimo ogni decisione al riguardo, nel rispetto della stessa struttura e degli organi del soggetto collettivo. Si è preferita, cioè, la soluzione che attribuisce all'ente la scelta di chi debba eventualmente rappresentarlo nel processo in caso di conflitto di interessi, utilizzando i normali strumenti previsti all'interno della sua compagine organizzativa, quali lo statuto o il proprio atto costitutivo. Ovviamente l'ente potrà tanto scegliere di designare un nuovo legale rappresentante, tanto di nominarne uno con poteri limitati alla sola costituzione in giudizio, ma potrà anche decidere di non costituirsi affatto e in tal caso — e solo in tal caso — si procederà in sua contumacia.

La Corte di cassazione ammette, peraltro, che la situazione di conflitto d'interessi deve riguardare — e tale principio non è di poco conto per i risvolti che potrebbe avere nel presente procedimento — anche la fase delle indagini e non soltanto quella tipicamente processuale, in quanto momento di fondamentale importanza per le acquisizioni, le richieste e gli atti propulsivi del procedimento (così testualmente la Corte nella sentenza su indicata: «il Tribunale ha correttamente posto in rilievo che esse devono essere applicate nella fase delle indagini, in quanto l'art. 39, comma 2, legge cit. fa riferimento all'intero procedimento disciplinato nel capo 3, del d.lgs. n. 231 del 2001, il quale ricomprende le indagini preliminari, l'udienza preliminare e il giudizio»).

2.2 — Le problematiche derivanti da siffatta scelta legislativa sorgono, quindi, proprio in riferimento al caso in cui l'ente rimane inerte dal momento che ai sensi dell'art. 43, comma 2 d.lgs. cit. «Sono comunque valide le notificazioni eseguite mediante consegna al legale rappresentante, anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo». Ne discende che allorquando la notificazione all'ente, cui è attribuito l'illecito amministrativo, è eseguita a mani del legale rappresentante, che sia al contempo imputato nel procedimento per speculari fattispecie criminose penali a lui ascritte, l'inerzia della società è difficilmente valutabile come libera scelta della stessa, apparendo in tal caso arduo stabilire se la decisione della mancata costituzione in giudizio sia da ascriversi agli organi all'uopo deputati a siffatta valutazione o a un difetto di informazione da parte dell'imputato/legale rappresentante che ebbe a ricevere l'atto e che versa in conflitto di interessi alla stregua del disposto di cui all'art. 39 comma 1 del d.lgs. cit., il quale ricollega l'ipotesi eccettuativa in essa contemplata alla mera posizione di imputato.

Ed allora, ritiene il tribunale che a voler ritenere giustificata la soluzione legislativa di rimettere ogni decisione all'ente stesso, appare evidente che occorre, affinché un procedimento valutativo si innesti, un'utile notificazione dell'atto (sia esso avviso conclusione indagini, sia esso decreto che dispone il giudizio, *ecc)*, che metta, cioè, effetti-

vamente in condizione l'ente ed i suoi organi deliberativi di adottare la decisione del caso. È evidente che se la notificazione avviene nelle mani dello stesso imputato/legale rappresentante, (che ben potrebbe essere, anche in concreto, portatore di interesse contrapposto, laddove l'ente avesse, ad esempio, adottato, e intendesse dimostrarlo in giudizio, misure organizzative idonee a prevenire proprio reati della specie di quello verificatosi — art. 6, comma 1°, lett. *c)* — ovvero intendesse dimostrare in giudizio che il legale rappresentante in realtà ha agito nel suo esclusivo interesse e a vantaggio suo o di terzi e non della società — art. 5, comma 2 —), la decisione della costituzione in giudizio potrebbe essere compromessa dalla inerzia in mala fede assunta dal legale rappresentante ossia da quella parte non necessariamente coincidente sul piano difensivo-processuale con l'ente.

In altri termini, ritiene il tribunale che, ferma e impregiudicata la libertà di scelta dell'ente, si tratta di assicurare la effettiva possibilità di estrinsecazione di quella volontà mediante un sistema di notificazione che prescinda dalla figura del legale rappresentante, affinché, — si potrebbe dire con espressione plastica che riassume tutta l'essenza di un principio basilare del nostro ordinamento, oramai imprescindibile nel processo —, la «contumacia, o ancor prima l'inerzia, siano consapevoli» e non dovute a variabili esterne, difficilmente verificabili. Si tratta allora di garantire la effettiva conoscenza del processo anche all'ente, al quale peraltro ex artt. 34 e 36 del d.lgs. cit. si applicano le disposizioni del codice di procedura penale, comprese quelle relative all'imputato e all'indagato, in quanto compatibili.

Appare, in definitiva, oltremodo indispensabile che l'ente venga messo in condizione di poter esercitare quella scelta attraverso un idoneo sistema di notificazione che consenta allo stesso, quale unico soggetto deputato e legittimato a decidere della propria sorte, e quindi a tali fini distinto dal legale rappresentante, innanzitutto di venire a conoscenza del procedimento pendente anche nei suoi confronti e delle imputazioni che lo riguardano specificamente.

2.3 — Affinché la tutela dell'ente sia effettiva il momento conoscitivo deve, poi, necessariamente retroagire alla fase delle indagini preliminari, anch'essa connotata da momenti decisionali importantissimi (basti pensare ad esempio alla scelta di un rito alternativo o di sottoporsi ad interrogatorio); e quindi ancor prima di contumacia consapevole si dovrebbe parlare di «inerzia» consapevole, dovendo la verifica della consapevolezza del procedimento da parte dell'ente intervenire anche prima del momento costitutivo in giudizio, cioè sin dal primo atto che l'ente ha il diritto di conoscere, potendo la sua costituzione avvenire anche nella fase delle indagini.

La effettiva conoscenza del procedimento e delle incolpazioni non può non costituire, quindi, il fulcro intorno a cui ruota anche la disciplina che regola il procedimento riguardante l'ente, sia nella sua parte speciale che generale, quest'ultima applicabile per espresso richiamo di cui all'art. 34 d.lgs. n. 231/2001, affinché le prerogative, le facoltà, i diritti che il codice riconosce all'imputato e ancor prima all'indagato, siano essi persone fisiche o enti, non rimangano una mera enunciazione di principio, ma possano prendere corpo nell'ottica di una concreta difesa, che per esser tale non può rimanere circoscritta a quella tecnica, — e per di più di ufficio —, ma deve necessariamente ricomprendere in sé anche quella personale (ne discende che l'assistenza assicurata mediante la designazione di un difensore di ufficio non può in alcun modo esaurire la portata dei diritti di difesa, tra i quali se ne annoverano diversi di natura cd. personalissima, di esclusiva pertinenza del soggetto imputato).

2.4 — Proseguendo, quindi, nell'esame della questione che si intende sollevare appaiono opportune delle considerazioni in ordine al disposto di cui agli artt. 420-*bis* e 157 comma 5 c.p.p. per verificare la possibilità di una interpretazione sistematica, adeguatrice, che consenta di superare l'eccezione di illegittimità.

Ed invero, nel caso della notificazione all'imputato eseguita a mani della persona offesa convivente ai sensi dell'art .157, comma 5 c.p.p., l'autorità giudiziaria dispone, in conformità di quanto previsto dall'art. 420-*bis* c.p.p., quale regola generale nel giudizio, la rinnovazione della notificazione se risulta o appare probabile che l'imputato non ha avuto conoscenza dell'atto. Sembrerebbe quindi che il problema possa essere risolto per questa via interpretativa sul presupposto che il caso della notificazione alla persona offesa sia analogo a quello dell'ente (in entrambi i casi la notificazione è valida anche se interviene nelle mani di soggetto che versa in situazione di conflitto).

A ben vedere, però, seppure si volesse ritenere che l'art. 43, comma 2 non è incostituzionale perché non esime il giudice dal verificare, ai sensi dell'art. 420-*bis* c.p.p., la effettiva conoscenza dell'atto, ma si limita semplicemente a prevedere — come per la notificazione a persona offesa convivente — che la notifica non è nulla, da ciò scaturirebbero comunque diverse conseguenze non accettabili, non solo dal punto di vista pratico ma anche sul piano difensivo.

Ed invero, mentre la persona offesa, sebbene anch'essa portatrice di interesse contrapposto a quello dell'imputato che dovrebbe informare, potrebbe avere comunque interesse a che il processo si svolga regolarmente e che non si inneschino motivi di nullità, il legale rappresentante, invece, può non avere alcun interesse a che il procedimento afferente la società non sia affetto da nullità ed essere quindi maggiormente esposto alla tentazione di non informarla (dalla omessa informazione conseguirebbe l'evidente vantaggio di non averla come potenziale contraddittore, senza per di più remore di alcun tipo sotto il profilo della regolarità del procedimento della società, rispetto al quale egli è estraneo, rispondendo

egli del medesimo fatto, ma sotto il profilo penale e nell'ambito del processo penale, laddove il processo della persona offesa è un unicum con quello dell'imputato).

Ciò posto, ne discenderebbe che in caso di ricezione dell'atto da parte del legale rappresentante/imputato/incompatibile si imporrebbe sempre, in un'ottica giustamente preventiva tesa a scongiurare possibili rivendicazioni postume basate sull'assenza inconsapevole (in cui l'onere della prova della conoscenza incombe, peraltro, sull'accusa), la ripetizione dell'adempimento della notificazione, proprio in virtù del disposto di cui agli artt. 157, comma 5 e 420-*bis*.

La S.C. afferma testualmente, nella sentenza suindicata, che «l'esistenza del conflitto è presunta *iuris et de iure* dall'art. 39 cit. e la sua sussistenza non deve essere accertata in concreto; … il divieto di rappresentanza è assoluto e scatta automaticamente per la sola sussistenza dell'imputazione per reato da cui dipende l'illecito amministrativo, sicché il giudice deve solo accertare che ricorra tale presupposto, senza che sia richiesta una verifica circa una effettiva situazione di incompatibilità». A fronte di tale automaticità imposta dalla legge con riferimento al momento costitutivo, si imporrebbe, invece, per la verifica dell'utilità della notificazione, l'accertamento caso per caso, per di più di difficile attuazione e con esito quasi scontato della necessità della rinnovazione della notificazione, essendo in *re ipsa* la probabilità della non conoscenza (rinnovazione a sua volta, difficilmente realizzabile per i motivi che verranno di seguito specificati, inerenti all'individuazione del soggetto deputato a riceverla in luogo del legale rappresentante).

Ed allora, se è vero che l'autorità giudiziaria è tenuta sempre a verificare se risulta o appare probabile che la notificazione non ha raggiunto il suo scopo, ciò nondimeno è evidente che la rinnovazione della notificazione è ipotesi residuale per fronteggiare quei casi che costituiscono l'eccezione rispetto al regolare funzionamento del sistema preventivamente individuato dallo stesso legislatore come efficace mezzo di notificazione. Lo stesso vale, anche se in misura ridotta, per la notificazione alla persona offesa per la quale, in verità, sembrerebbe trattarsi più di patologia insita nel sistema conoscitivo previsto, che di mera ipotesi riconducibile *al genus* di cui all'art. 420-*bis*. Per il legale rappresentante è fuori dubbio, invece, che si è al di fuori della normalità dei casi, perché, come già sopra detto, sussiste una presunzione *iuris et de iure* di incompatibilità, che dovrebbe, quindi, imporre sempre la verifica caso per caso della effettiva conoscenza da parte dell'ente dell'atto notificato all'incompatibile e, pur in mancanza di elementi certi al riguardo, la ripetizione dell'adempimento.

Si pone a tal punto un ulteriore problema: mentre nel caso del conflitto persona offesa/imputato possono trovare applicazione le altre norme del codice di procedura penale in punto di notificazione, comunque idonee a superare l'impasse, nel caso del conflitto ente/legale rappresentante si dovrebbe procedere secondo le norme del codice di procedura civile, alle quali rimanda l'art. 154, comma 3 c.p.p. a sua volta richiamato dall'art. 43, comma 1 cit. Tali norme delineano, in caso di società o enti, un sistema di notificazione comunque incentrato sulla figura del legale rappresentante, quale destinatario dell'atto notificando; sarebbe in altri termini difficile individuare altro soggetto a cui indirizzare l'atto (così ad esempio, l'addetto alla sede o alla ricezione potrebbero non esserci e in caso di ricezione dovrebbero essere, comunque, tenuti, di norma a consegnare l'atto al legale rappresentante).

Si manifesta, dunque, la irragionevolezza di un sistema che consente la notificazione al legale rappresentante incompatibile, perché in maniera sistematica e patologica presta il fianco a dubbi di efficacia. In altri termini, laddove, come nel caso di specie, fosse ritenuta, ciò nonostante, possibile la notificazione al soggetto per presunzione assoluta incompatibile, si dovrebbe giungere ad affermare che il controllo in concreto diventa un momento ineliminabile, trattandosi di situazione per sua natura patologica (e ciò con tutte le conseguenze del caso, anche in termini di ragionevole durata, che si metteranno in evidenza nel prosieguo).

2.5 — Proprio in base a tali conclusioni assume fondamento, secondo il tribunale, la questione di illegittimità costituzionale che qui si intende sollevare con riferimento al meccanismo di notificazione previsto dall'art. 43, che al secondo comma stabilisce che la notificazione è valida anche se interviene a mani del l.r., essendo palese l'irragionevolezza di siffatta previsione e la sua contrarietà, oltre che con le direttive della legge delega, con i principi basilari in materia di giusto processo, ragionevole durata e diritto di difesa di cui agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione e all'art. 6 della CEDU, come interpretato costantemente dalla Corte di Strasburgo.

Ed invero, se solo si volge lo sguardo, non solo alle norme costituzionali interne, ma anche a quelle convenzionali ci si rende immediatamente conto degli evidenti limiti che presenta un siffatto sistema di notificazioni.

Tale sistema, peraltro, non sembra neppure in linea con la direttiva data dall'art. 11 della legge n. 300 del 29 settembre 2000, che alla lett. *q)* espressamente prescriveva di prevedere che le sanzioni amministrative a carico degli enti dovessero essere applicate dal giudice competente a conoscere del reato e che per il procedimento di accertamento della responsabilità si applicassero, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale.

La vera svolta innovativa di cui alla L. 300/2000 è, invero, contenuta nell'art. 11, il quale prevede una delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, con esclusione dello Stato e degli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri, nonché delle società e degli enti privi di personalità giuridica.

Il Governo era dunque tenuto alla emanazione di un decreto legislativo che soggiacesse all'osservanza dei principi di cui al detto art. 11, tra i quali quello sopra enunciato afferente la garanzia della effettiva partecipazione e difesa dell'ente nell'arco dell'intero procedimento.

Le direttive contenute nella delega al Governo determinarono una svolta nel campo della responsabilità penale e del carattere personale della stessa, attribuendola per la prima volta alle persone giuridiche (con particolare riferimento ai reati indicati nelle prime lettere dell'art. 11) con conseguente applicazione di pene pecuniarie immediatamente irrogate agli enti giuridici — e non più dunque con quella funzione di garanzia prevista ex art. 197 c.p. — e di ulteriori sanzioni espressamente individuate nelle ipotesi di maggiore gravità.

Vale la pena, a tal proposito, osservare che, come ha affermato la Suprema Corte nella recente sentenza del 18 febbraio 2010, n. 27735/2010, vi è certamente compatibilità tra la disciplina di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 e l'art. 27 della Costituzione perché il fatto di reato commesso dal soggetto inserito nella compagine societaria in vista del perseguimento dell'interesse o dello scopo di questa è sicuramente qualificabile come «proprio» anche della persona giuridica, per cui «il fatto reato è fatto della società di cui essa deve rispondere». È dunque una responsabilità per fatto proprio (colpevole) che supera la visione antropocentrista del diritto penale e che, fermo restando il rifiuto di principi di responsabilità oggettiva, consente di transitare in maniera più ampia verso una responsabilità anche societaria o degli enti, di matrice più propriamente anglosassone, per illeciti che presuppongono e conseguono alla commissione di reati.

D'altronde il rinvio espresso che l'art. 34 del d.lgs. n. 231/2001 fa, in ossequio alla previsione specifica di cui alla legge delega e allo spirito della stessa, alle norme del processo penale, applicabili anche nel processo avente ad oggetto la responsabilità dell'ente, in quanto compatibili, non lascia dubbi sull'assimilabilità del processo all'ente al processo penale e dell'ente stesso all'imputato, con tutte le conseguenze del caso in punto di applicazione dei principi convenzionali e costituzionali sopra indicati.

2.6. — Passando, quindi, ad esaminare da vicino le norme che si ritengono violate, è opportuno partire proprio dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva in Italia in base alla legge 4 agosto 1955 n. 848, che, nella costante lettura datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo garantisce all'accusato il diritto di partecipare al processo che lo riguarda, e il diritto, altresì, quando il giudizio si svolge senza che l'interessato ne abbia contezza, a misure ripristinatone che rendano effettivo l'esercizio personale della difesa (*cfr*: sul punto Colozza c. Italia, 12 febbraio 1985; F.C.B. c. Italia, 28 agosto 1991; T. c. Italia, 12 ottobre 1992; Somogyl c. Italia, 18 maggio 2004; Sejdovic c. Itali, 10 novembre 2004 e *idem* Grande Camera, 1° marzo 2006).

Quanto alla piena operatività dei principi CEDU nell'ordinamento non sembrano residuare, ormai, dubbi al riguardo, attese le numerose pronunce della Suprema Corte e della stessa Corte costituzionale già intervenute al riguardo (*ex multis* anche quelle n. 311/2009 e n. 317/2009, nelle quali si afferma che la previsione convenzionale, in relazione al disposto del primo comma dell'art. 117 Cost., assume il rango di fonte interposta, cui il diritto interno deve conformarsi, sempre che la fonte sovranazionale esprima una norma compatibile con il dettato costituzionale ed assicuri un corretto bilanciamento tra l'esigenza di assicurare l'osservanza degli obblighi assunti sul piano internazionale e la tutela di altri beni di adeguata rilevanza costituzionale.

Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, in conclusione, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, nella misura in cui ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. «Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, non potendo procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle nonne internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone, infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto. «(C. cost. sentenza n. 311 del 2009).

Detto questo e tornando all'art. 6 della CEDU, di là dell'estensibilità di quel disposto a settori diversi da quello penale (ma sul punto vi è una pronuncia della Corte europea che nel leading case — Engel e altri c. Paesi Bassi — enun-

cia la cd. dottrina della one-way autonomy, ai sensi della quale, fermo restando la libertà degli Stati membri di elevare a illecito penale un'azione o un'omissione che non costituisce esercizio normale di uno dei diritti garantiti, l'opzione opposta, ossia — ad esempio — la qualificazione di un fatto come illecito disciplinare in luogo di condotta di rilievo penale, deve ritenersi non idonea di per sé a impedire sia il vaglio della Corte europea sulla effettiva natura dell'illecito sia la conseguente applicabilità, alla relativa procedura interna di accertamento del contegno *contra legem*, della garanzie previste dalla disciplina pattizia), appare evidente che facendosi in esso riferimento all'accusato, non possa non ricomprendersi in tale definizione anche l'ente allorquando sia incolpato di illecito amministrativo, dal momento che, come affermato più volte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si versa nella materia penale ogniqualvolta la sanzione, prevista nel singolo ordinamento interno quale conseguenza della violazione di una norma giuridica, rivesta una funzione deterrente e special-preventiva, essendo essa destinata sia a distogliere il reo da una possibile recidiva, sia a scoraggiare tutti coloro che potrebbero essere inclini a perpetrare la medesima condotta delittuosa (*cfr*: sul punto anche provvedimento del 21 novembre 2006 IV sezione CEDU, caso Kossila c. Finlandia, in cui si riconosce la natura punitiva alla pretesa azionata dalla Stato in materia fiscale e quindi il carattere «criminale» al relativo procedimento di accertamento).

Che tale funzione abbiano le sanzioni previste a carico dell'ente è facilmente evincibile dalla specifica disciplina che le contempla, e che la natura del procedimento nell'ambito del quale il fatto-reato a cui esse si ricollegano viene accertato sia di tipo penale è parimenti facilmente evincibile dalla disciplina prevista dal d.lgs. n. 231/2001, più volte richiamata.

Una volta individuato l'alveo della *matiera* penale, si può passare a verificare, più da vicino, la portata che il diritto di informazione, garantito nell'art. 6, lett. *a)* della CEDU, ha assunto nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Se si considerano le pronunce della CEDU intervenute negli anni è facile cogliere il significato che tale diritto ha assunto nell'applicazione concreta dell'art. 6. Muovendo proprio dal riconoscimento di un diritto all'informazione sul processo e nel processo, si giunge a parlare di «diritto a difendersi, conoscendo», tempestivamente, e quindi a «difendersi, agendo», personalmente e mediante l'assistenza di un difensore di fiducia. In siffatta ottica l'informazione sull'accusa e sul procedimento si inserisce a pieno titolo nell'alveo del «giusto processo», nella misura in cui il principio del contraddittorio non può prescindere dal diritto a difendersi, conoscendo.

2.7 — D'altronde, lo stesso art. 111 della nostra Costituzione, primo tra le norme dedicate alla giurisdizione, prevede al primo comma che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo e al secondo comma che ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale; aggiunge che la legge ne assicura la ragionevole durata (oltre che la «equità»). Tali principi vengono affermati per ogni tipo di processo, non solo per quello penale del quale si parla invece specificamente solo al terzo comma (al pari della disposizione convenzionale di cui all'art. 6 CEDU cit., che ha sicuramente costituito il substrato di riferimento della modifica dell'art. 111 Cost., viene espressamente sancito il diritto all'informazione e al contraddittorio). Il dato testuale di tale comma, poi, che fa riferimento esplicito alla persona incolpata, non può peraltro costituire un limite interpretativo rispetto alla estensibilità delle garanzie in esse previste all'ente dal momento che trattandosi di responsabilità penale il riferimento testualmente non poteva che essere esclusivamente alla persona; ma per tutto quanto già detto in ordine alla responsabilità dell'ente e alla natura del procedimento che l'accerta appare evidente che non possono residuare dubbi sulla sua estensione all'ente.

Ed allora, se il cardine intorno a cui ruota il giusto processo è costituito dal cd. principio del contraddittorio, che vuole che le parti partecipino in condizioni di parità davanti al giudice terzo, rimane evidente che, affinché il contraddittorio possa instaurarsi, è necessario che le parti siano messe in condizioni di poter prendere parte al processo e di esercitare i loro diritti attraverso un idoneo sistema di informazione. A ben vedere, proprio per garantire un contraddittorio pieno ed effettivo anche tra la società e il legale rappresentante imputato, il legislatore ha previsto all'art. 39 cit. la situazione di incompatibilità sopra descritta.

Il legislatore però non è andato oltre, e, nonostante la stessa legge delega prevedesse che bisognava assicurare l'effettiva partecipazione dell'ente al processo, ha stabilito, al comma secondo dell'art. 43, il principio della validità della notificazione eseguita a mani del legale rappresentante incompatibile.

Ritiene, invece, il tribunale che anche il sistema delle notificazioni deve essere ispirato ai principi fondamentali dell'ordinamento in punto di giusto processo e diritto di difesa, nel senso che si devono garantire meccanismi di informazione idonei allo scopo, che consentano, cioè, di contemperare l'esigenza di informazione con l'esigenza della celerità, rispetto alle quali eventuali ragioni di mera efficienza amministrativa, fine a sé stessa, sono destinate a rimanere sullo sfondo. L'esigenza di semplificazione (in proposito il punto 15.3 della relazione al d.lgs. n. 231 del 2001 evoca l'esigenza di «evitare disfunzioni nelle notifiche») non può mai spingersi al punto da determinare una illegittima com-

promissione del diritto di difesa, anche perché la celerità e speditezza del processo va verificata considerando anche le possibili implicazioni e i prevedibili risvolti futuri di una determinata scelta, apparentemente efficientistica.

Le misure ripristinatorie di cui all'art. 6 della Convenzione dell'uomo, come interpretato dalla Corte europea, richiamate anche dalla Corte costituzionale nella nota sentenza cd. sulla contumacia consapevole (n. 317/2009), non possono non costituire, cioè, secondo il tribunale, l'estrema *ratio* cui fare ricorso nel caso in cui il sistema non ha funzionato (si deve in altri termini, secondo il tribunale, privilegiare la soluzione preventiva della interpretazione adeguatrice, e, laddove essa non sia possibile, sollecitarsi la pronuncia di incostituzionalità conformatrice, affinché il principio del giudicato non venga del tutto stravolto dalla frequenza di pronunce demolitorie della Corte di Strasburgo e si circoscrivano le condanne, ormai sempre più frequenti, dello Stato Italiano da parte della Corte di Strasburgo).

Alla stregua di tali parametri, il sistema di notificazione di cui all'art. 43 nella parte in cui dà rilievo, al comma 2, ad una notificazione che reca già di per sé dubbi intrinseci di efficacia in virtù della presunzione assoluta di cui all'art. 39, non può non essere oggetto di censura. Esso sembra, invero, rispondere unicamente ad una logica efficientistica del legislatore, che non intende rinunciare alla comodità della consegna dell'atto al soggetto normalmente deputato alla ricezione, perché destinatario normale dell'atto, trascurando che nel caso di specie non si versa in ipotesi di normalità, bensì di assoluta criticità (forse non ci si è effettivamente posto il problema in concreto, non si sono, cioè, considerati tutti gli effetti negativi che un siffatto sistema di informazione poteva comportare, attesa la elevata probabilità di una non conoscenza da parte dell'effettivo destinatario, insita nella notificazione dell'atto ad un soggetto con esso incompatibile).

La scelta del legislatore, dettata da evidenti esigenze pratiche — trattandosi di palese eccezione al divieto di cui all'art. 39, come asserito anche dalla Suprema Corte nella citata sentenza del 2009 —, non soddisfa quindi e non può soddisfare perché si traduce in una rinuncia alla effettività della difesa, sia essa tecnica che personale (dal momento che il legale rappresentante incompatibile non può neppure designare il difensore di fiducia, e quindi, in caso di inerzia dovuta a ignoranza incolpevole, la società rimane garantita esclusivamente da una difesa di ufficio, non direttamente decisa, che sebbene sia a tutti gli effetti di legge equiparata a quella di fiducia, in tal caso si risolve comunque in *un minus* proprio perché non è frutto di una preventiva deliberazione dell'ente e non può comunque ritenersi sostitutiva ed equipollente rispetto alla difesa personale).

Vale la pena di evidenziare a tal punto che sempre nella sentenza della Corte costituzionale n. 317/2009 si è anche affermato che non esiste un primato della difesa tecnica rispetto a quella personale di talché deve essere sempre garantita all'imputato la possibilità di impugnare autonomamente la decisione *in absentia* e che non sono comparabili l'esigenza della durata ragionevole del processo con quella di difesa dell'imputato contumace inconsapevole. Prosegue la Corte: «L'esercizio di un diritto fondamentale non può essere sottratto al suo titolare, che può essere sostituito solo nei limiti strettamente necessari a sopperire alla sua impossibilità di esercitarlo e non si deve trovare di fronte all'effetto irreparabile di una scelta altrui non voluta e non concordata, potenzialmente dannosa per la persona».

Conclude infine il suo ragionamento, affermando che il diritto di difesa e il principio di ragionevole durata del processo non possono affatto entrare in comparazione ai fini del bilanciamento perché ciò che rileva è solo la durata del «giusto» processo, nel senso che un processo non giusto perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti (non si tratterrebbe di un vero bilanciamento «ma di un sacrificio vero e proprio, — prosegue la Corte —, sia del diritto al contraddittorio che del diritto di difesa, diritti, entrambi garantiti da norme costituzionali che risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 della CEDU e della corrispondente giurisprudenza di Strasburgo»).

Sviluppando ulteriormente il ragionamento della Corte, si può giungere ad affermare che il principio della ragionevole durata vada assicurato anche mediante un sistema di notificazioni che garantisca sin dall'inizio del processo la conoscenza effettiva della sua pendenza. Solo mediante un efficace sistema preventivo di comunicazione potrà essere effettuato quel bilanciamento tra valori di pari rango costituzionale, quali sono il diritto di difesa e la ragionevole durata, che rimane comunque irrinunciabile momento per il legislatore, prima, e per l'interprete, poi, allorquando si tratta appunto di principi/diritti aventi medesimo valore e dignità nell'ordinamento (estrinsecandosi a pieno il diritto di difesa solo attraverso un processo che sia al contempo di durata ragionevole e rispettoso di tutti i diritti dell'imputato; non vi è contraddizione quindi tra ragionevole durata e giusto processo bensì sostanziale identificazione nella misura in cui in entrambi tali principi si rispecchia il diritto di difesa).

Ed allora, se è sicuramente illuminante ai fini che ci occupano il disposto di cui all'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, perché coglie l'essenza stessa del concetto di difesa, che rifugge evidentemente da sistemi riparatori ed esige che eventuali difetti di integrazione del contraddittorio tra le parti vengano sanati esclusivamente

con strumenti reintegrativi, che consentano cioè il ripristino della situazione ex ante affinché possa essere effettivo l'esercizio personale della difesa, ciò nondimeno si appalesano decisive le previsioni di cui agli artt. 111 e 24 della Costituzione.

Anzi, a ben vedere, proprio attraverso il combinato disposto di tali articoli, convenzionali e costituzionali, si afferma che il diritto di difesa è innanzitutto diritto di partecipare e di contraddire e tale diritto viene costituzionalmente garantito, nella sua portata minima, a ogni soggetto che sia parte in un procedimento, indipendentemente dalla sua natura penale, civile, amministrativa, e, nella sua massima estensione, nell'ambito del processo penale e più in generale in quei processi in cui vi è un incolpato.

L'art. 24, d'altronde, al primo comma afferma che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» e al secondo comma, sempre con previsione ampia e generale, sancisce che il diritto di difesa è inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

2.6 — Il diritto ad una effettiva interlocuzione e partecipazione, sia pure sotto il profilo specifico dell'impugnazione, ha trovato già applicazione nella giurisprudenza costituzionale. Ed invero, nel caso di cui alla già citata sentenza n. 317 del 2009, la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2 c.p.p., affermando il diritto alla restituzione nei termini per la proposizione dell'impugnazione da parte del contumace che non abbia avuto cognizione del processo — anche se la sentenza era stata impugnata dal difensore di ufficio e passata in giudicato — (in sentenza si rimanda, per i riferimenti espliciti in essi contenuti al caso della decisione «*in absentia*», oltre che alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, alla risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'europa del 21 maggio 1975, n. 11, al Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, adottato a Strasburgo il 17 marzo 1978, ratificato con legge 18 ottobre 1984, alla Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002).

Ebbene, significativo è che la Corte abbia preso le mosse del suo ragionamento proprio, tra l'altro, dall'art. 6 della CEDU, che, anche secondo l'interpretazione datane dalla stessa Corte europea — nelle diverse pronunce sopra citate —, contiene, in particolare al comma 3, un gruppo di regole di garanzia processuale rilevanti per la presente questione (oltre che, ovviamente, per quella specificamente esaminata dalla Corte costituzionale nella pronuncia su indicata). «L'imputato ha il diritto di essere presente al processo svolto a suo carico; lo stesso può rinunciare volontariamente all'esercizio di tale diritto; l'imputato deve essere consapevole dell'esistenza di un processo a suo carico; devono esistere strumenti preventivi o ripristinatori per evitare processi a carico di contumaci inconsapevoli o per assicurare in un nuovo giudizio, anche mediante la produzione di nuove prove, il diritto di difesa che non è stato possibile esercitare personalmente nel processo contumaciale già concluso» (così testualmente la Corte adita nella pronuncia *de qua*).

Ebbene, osserva a questo punto il collegio, che se è vero che il legislatore ha scelto lo strumento delle misure ripristinatorie per garantire comunque al contumace inconsapevole la possibilità di esercitare adeguatamente il suo diritto di difesa in giudizio, tale soluzione è solo il rimedio che l'ordinamento appresta allorquando il sistema dimostra di non aver funzionato, dovendosi ritenere, attraverso l'interpretazione dello stesso art. 6 della CEDU, che nella fisiologia del sistema debba essere invece assicurato il diritto di partecipazione al processo, per così dire, in prima battuta, costituendo il rimedio ripristinatorio l'estrema *ratio* . Tale interpretazione, rivista anche alla luce dell'ordinamento interno, appare l'unica costituzionalmente orientata, dovendosi contemperare l'esigenza della conoscenza anche con quella della ragionevole durata del processo.

2.7 — Quanto all'estensione della tutela, essa deve, come già detto, intendersi estesa anche ai diritti personali, anche per l'ente. Tale principio è stato già enucleato dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 41398/2009 citata, perché, in un passaggio della motivazione a proposito del diritto di difesa esercitato a mezzo di difensore di ufficio nella fase delle indagini preliminari, testualmente afferma: «Restano esclusi, come si è accennato, gli atti difensivi cd. personalissimi, che presuppongono la diretta partecipazione del soggetto collettivo attraverso il proprio legale rappresentante che, qualora incompatibile ai sensi dell'art. 39, comma 1 d.lgs. cit., non potrà spendere la volontà dell'ente nel processo: così a titolo di esempio, l'ente non potrà richiedere di essere ammesso ai riti alternativi, non potrà chiedere di essere interrogato per chiarire la sua posizione, non potrà proporre personalmente impugnazione, né partecipare all'udienza di cui all'art. 47, comma 2 d.lgs. cit.», e prosegue «tutti atti che coinvolgono facoltà processuali e diritti personalissimi di stretta pertinenza del soggetto imputato, che non possono essere ricompresi nel concetto di difesa tecnica e che non possono neppure essere lasciati alle determinazioni di un rappresentante legale che si trovi in una situazione di conflitto di interessi con l'ente».

Anche alla luce delle considerazioni testè esposte nessun dubbio residua sulla estensione all'ente di tutte le garanzie, anche costituzionali, previste per l'imputato/indagato.

In altri termini la responsabilità della società è personale, non costituisce deroga al precetto costituzionale/penale e anche la sua difesa può essere personale proprio perché si tratta di far valere ragioni incidenti sul piano penale al pari di

qualunque altro soggetto giuridico (l'ente ben potrebbe assumere una difesa coincidente con quella dell'imputato tesa, innanzitutto, a dimostrare la insussistenza del fatto-reato, ragion per cui anche sotto tale profilo ingiustificato sarebbe un trattamento diverso dell'ente con riferimento al diritto di difesa, rispetto all'imputato).

In definitiva, l'art. 43, comma 2, d.lgs. n. 231/2001, non appare rispettoso dei parametri di cui agli art. 6 CEDU, 3, 111 e 24 Cost. Va anche precisato, a questo punto, che mentre il disposto di cui all'art. 39 del d.lgs. n. 231/2001 non è suscettibile di una valutazione di incostituzionalità perché è da ricondursi a precisa scelta del legislatore di non ingerenza nella vita dell'ente, sicché il problema va quindi risolto in via interpretativa, la previsione di cui all'art. 43, invece, non è il frutto di una scelta ragionevole del legislatore, perché espressamente contraria al ragionevole criterio fissato nella legge delega che espressamente richiedeva di assicurare l'effettiva partecipazione dell'ente al processo (principio al quale deve ricondursi la previsione di cui all'art. 39, comma 1 e non certo quella dell'art. 43, comma 2), per cui a priori non si porrebbe nemmeno un problema di soluzione in via interpretativa.

3. — Ed allora, una volta ritenuto, alla stregua di quanto già osservato, che neppure un'interpretazione che tenga conto del disposto di cui agli artt. 157, comma 5 e 420-*bis* c.p.p., consenta di superare i limiti insiti nel sistema di notificazione di cui all'art. 43, comma 2 cit., rimane evidente che l'unica strada percorribile è quella della questione di illegittimità costituzionale (né si potrebbe, per altro verso, ritenere superabile la questione, affermandosi che, essendo la società la destinataria della notificazione l'atto può essere notificato ai soci, dal momento che una siffatta interpretazione avrebbe comunque come presupposto la disapplicazione del disposto di cui all'art. 43, comma 2, come noto, non consentita; a tale interpretazione si potrebbe al più giungere una volta dichiarata l'illegittimità della norma).

Né potrebbe consentire di superare il problema il disposto di cui all'art. 2391 del codice civile, neppure nella sua nuova formulazione più ampia, dal momento che l'obbligo di informazione che il legale rappresentante ha nei confronti della società, proprio in caso di conflitto di interessi, sancito nell'articolo testè indicato, inerisce, comunque, a rapporti tra privati, laddove, trasposto nell'ambito di un processo di tipo penale, presenterebbe tutti i suoi limiti rispetto a diritti fondamentali, come quello di difesa, che necessitano di ben altri presidi. Il dovere di informazione che incombe sul legale rappresentante, anche in caso di conflitto non può, secondo il tribunale, essere ritenuto un presidio idoneo a garantire l'esigenza conoscitiva sottesa al meccanismo di notificazione, comportando, peraltro, la sua violazione esclusivamente conseguenze sul piano risarcitorio civilistico. Tali obblighi risarcitori se in ambito civile possono costituire un rimedio sufficiente a garantire l'informazione, nel caso di procedimento *ex lege* n. 231/2001, in cui si tratta di difendersi, anche personalmente da accuse aventi, sia pure nei confronti di soggetti diversi, rilievo penale, essi appaiono del tutto incongrui e inadeguati.

Una volta esclusa la possibilità di soluzioni adeguatrici, rimane allora da verificare soltanto se la via dell'illegittimità costituzionale sia utilmente percorribile o se, invece, essa condurrebbe unicamente alla eliminazione di una norma, con conseguente creazione di una lacuna in alcun modo colmabile.

Ebbene, ritiene, sommessamente il collegio al riguardo (ma si tratta di mere considerazioni, operate per mero dovere di completezza) che l'integrazione idonea a salvaguardare i principi sopra enunciati potrebbe essere estrapolata proprio dalla norma che disciplina il caso, speculare a quello in esame, del conflitto di interessi tra il rappresentante e il rappresentato, di cui all'art. 78, comma 2, del codice di procedura civile. Ciò non sembra in contrasto con quanto già affermato dalla Corte di cassazione nella suindicata sentenza n. 41398/ 2009, perché se è vero che la previsione della figura di un curatore speciale ai fini della costituzione in giudizio dell'ente costituisce una intromissione non giustificata nella sfera privata dell'ente medesimo, ciò non è vero allorquando la designazione di un curatore speciale, ai soli fini della notificazione, sia finalizzata proprio a tutelare la sfera privata dell'ente, che, reso edotto della pendenza del procedimento, di cui diversamente nulla saprebbe, vede del tutto impregiudicata la sua successiva decisione di intervenire o meno in esso, mediante la nomina di un nuovo legale rappresentante ovvero di un soggetto che la rappresenti nel processo (a ben vedere alla richiesta di nomina del curatore potrebbe provvedere lo stesso p.m. ex art. 83 c.p.c. già nella fase delle indagini allorquando risulti verificatosi il presupposto dell'incompatibilità).

Rimarrebbe per tal via rispettata anche la scelta del legislatore del d.lgs. n. 231/2001 di disciplinare le notificazioni all'ente secondo le disposizioni del codice di procedura civile, alle quali espressamente rimanda l'art. 43, comma 1 cit.

D'altronde anche nell'ambito della procedura penale sussistono casi in cui, in presenza di un conflitto di interessi, si deve procedere alla nomina di un curatore speciale (si pensi al caso già indicato del minore che versi in situazione di incompatibilità ai sensi del'art. 121 c.p., che prevede la possibilità di nomina del curatore speciale ai sensi dell'art. 338 c.p.p.).

Ovviamente affinché si possa adottare questa o altra soluzione interpretativa è preliminare la declaratoria di incostituzionalità del disposto di cui all'art. 43, comma 2, che inevitabilmente porterebbe con sé anche la disapplicazione del comma primo che prevede che la notificazione all'ente deve avvenire in base alle norme del codice di procedura civile, il cui ambito operativo dovrebbe rimanere invece circoscritto ai soli casi in cui il legale rappresentante della società non sia anche imputato.

Il tribunale, pertanto, rispetto alle suindicate eccezioni sollevate dalla difesa e a quant'altro sopra evidenziato in riferimento alla posizione delle società rimaste contumaci, Ritiene, in via preliminare, di sollevare la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 43, comma 2, del decreto legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001 rispetto ai parametri comunitari e costituzionali di cui agli artt. 117, comma 1 della Costituzione, 6 CEDU e 3, 24 e 111 della Costituzione e 76 Cost. in riferimento all'art. 11 della legge n. 300 del 29 settembre 2000, lett. *q)*.

P. Q. M.

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

1) solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 43, comma 2, del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU, e con gli artt. 3, 24, 111 Cost. e 76 Cost. in riferimento all'art. 11, lett. q) *della legge n. 300 del 29 settembre 2000;*

2) dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il procedimento in corso;

3) dispone che la presente ordinanza sia comunicata al Presidente del Consiglio dei ministri;

4) dispone che la presente ordinanza sia comunicata al Presidente della Camera dei Deputati e al Presidente del Senato della Repubblica.

La lettura della presente ordinanza alle persone presenti in udienza sostituisce la notificazione ai sensi dell'art. 148, comma 5 c.p.p.

Salerno, addì 20 ottobre 2010

Il Presidente: DE LUCA

11A0078

N. **32**

Ordinanza del 20 dicembre 2010 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sul ricorso proposto da Polito Bruno ed altro contro Presidente del Consiglio dei ministri ed altri

Giustizia amministrativa - Primi referendari e referendari dei Tribunali amministrativi regionali in servizio alla data di entrata in vigore della legge censurata - Previsione della conservazione, all'atto della nomina a Consigliere di Stato, dell'anzianità acquisita nella qualifica di consigliere di Tribunale amministrativo regionale, nel limite di cinque anni - Ingiustificato trattamento di privilegio dei primi referendari e referendari in servizio alla predetta data rispetto ai consiglieri entrati in servizio successivamente.

– Legge 27 aprile 1982, n. 186, art. 23, comma 5.
– Costituzione, art. 3.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 1009 del 2007, proposto da proposto dai consiglieri di Stato Bruno Polito e Carlo Visciola rappresentati e difesi dall'avv. Paola Conticiani ed elettivamente domiciliati presso lo studio dell'avv. Liliana Ferronato in Roma, via Costabella, 26, sc. C, int. 25.

Contro Presidenza del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12.

Nei confronti di:

Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa;

Sorge Roberto.

E con l'intervento di *ad opponendum:* Roberto ed altri Chieppa, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso Carlo Malinconico in Roma, viale Bruno Buozzi, 109.

Per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia:

1) l'annullamento della nota del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri n. 2015 dell'8 marzo 2006 e di ogni altro atto ad essa preordinato, connesso e/o consequenziale;

2) il riconoscimento dell'anzianità prevista dall'art. 23,comma quinto, della legge n. 186/1982 all'atto della nomina a consigliere di Stato.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei ministri.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2010 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Gli odierni ricorrenti, già consiglieri Tar, nei cui confronti il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa con delibera assunta nella seduta del 16 maggio 2003 aveva espresso giudizio favorevole alla nomina a consigliere di Stato, con decreti presidenziali del 22 giugno 2003, emanati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, sono stati nominati consiglieri di Stato.

Con istanza del 16 ottobre 2003 presentata al Consiglio di Presidenza i consiglieri Polito e Visciola hanno chiesto il riconoscimento dell'anzianità di cinque anni prevista dall'art. 23, comma 5, della legge n. 186/1982 oppure, in via subordinata, l'intera anzianità maturata nella qualifica di consigliere Tar.

Non essendo stata adottata alcuna determinazione in merito, i citati consiglieri hanno presentato in data 25 marzo 2004 una nuova istanza al predetto Consiglio, il quale nella seduta del 3 novembre 2004 ha deliberato l'accoglimento della stessa, riconoscendo agli odierni ricorrenti all'atto della nomina a consigliere di Stato l'anzianità acquisita nella qualifica di consigliere Tar nel limite di 5 anni.

Tale delibera è stata tempestivamente inviata alla Presidenza del Consiglio dei ministri per il perfezionamento del procedimento previsto dall'art. 13, comma secondo, della legge n. 186/1982, il quale demanda al Presidente della Repubblica l'adozione dei provvedimenti riguardanti lo stato giuridico dei magistrati amministrativi.

La Presidenza del Consiglio, la quale in un primo tempo con nota del 3 maggio 2005 aveva manifestato perplessità in ordine al contenuto della delibera del 3 novembre 2004 segnalando a tal fine l'opportunità di una soluzione legislativa per il riconoscimento dell'anzianità di 5 anni a favore dei consiglieri Tar nominati consiglieri di stato, con nota del Sottosegretario di Stato dell'8 marzo 2006, successivamente conosciuta dagli odierni istanti, sul presupposto che:

a) «spetta alla Presidenza del Consiglio ogni determinazione relativa al riconoscimento dell'anzianità dei magistrati nominati consiglieri di Stato»;

b) «la deliberazione del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa deve quindi essere intesa come presupposto procedimentale per risolvere la questione di stato rimessa dal legislatore alla Presidenza del Consiglio dei ministri, che, pertanto, non è tenuta a dare corso obbligatoriamente positivo alla procedura» ha sostenuto, andando in contrario avviso rispetto a quanto statuito nella delibera del Consiglio di Presidenza, che non poteva essere riconosciuta agli odierni ricorrenti l'anzianità prevista dall'art. 23, comma quinto, della legge n. 186/1982 in quanto gli stessi non rientravano tra i soggetti che secondo tale disposizione potevano beneficiare del riconoscimento della suddetta anzianità.

Tale determinazione è stata impugnata con il presente gravame, affidato ai seguenti motivi di doglianza:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 13, della legge n. 186/1982; violazione degli artt. 100, terzo comma, 104, comma primo, 108 della Costituzione; violazione dei principi di autonomia ed indipendenza della magistratura; violazione della regola di riparto delle competenze tra organo politico ed organo di amministrazione attiva dettata dall'art. 4 del d.lgs. n. 165/2001; difetto di attribuzione e di competenza; eccesso di potere per sviamento, violazione dei principi di imparzialità per conflitto di interessi;

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 23, comma quinto, della legge n. 186/1982; violazione degli artt. 3, 97 e 107 della Costituzione; violazione degli artt. 199 e 200 del T.U. n. 3/1957; violazione della *lex specialis* del concorso di ammissione in carriera; eccesso di potere per manifesta illogicità e contraddittorietà e difetto di motivazione.

Si è costituita la Presidenza del Consiglio dei ministri confutando al fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per i1 rigetto delle stesse.

Si è pure costituito il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa il quale ha ribadito la fondatezza delle ragioni poste a fondamento della propria delibera che aveva riconosciuto agli odierni istanti i 5 anni di anzianità.

Sono intervenuti *ad opponendum* i consiglieri di Stato di provenienza concorsuale Roberto Chieppa, Giancarlo Montedoro e Salvatore Cacace, i quali:

a) hanno prospettato l'inammissibilità del proposto gravame nonché l'infondatezza delle dedotte doglianze;

b) hanno proposto ricorso incidentale, impugnando a tal fine la delibera del Consiglio di Presidenza che aveva riconosciuto agli odierni istanti i 5 anni di anzianità.

Alla pubblica udienza del 16 giugno 2010 il ricorso è stato assunto in decisione.

La delibera impugnata è basata sulla norma dell'art. 23, comma 5 della legge n. 186 del 1982, che riconosce l'anzianità nella qualifica di consigliere maturata nei ruoli dei tribunali amministrativi regionali nel limite di cinque anni. Tale norma prevede: «salvo quanto previsto nel quarto comma del precedente articolo 21 (ovvero per l'anzianità maturata ai fini della nomina a presidente di sezione di *Tar)*, i primi referendari e referendari dei tribunali amministrativi regionali in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge conservano, all'atto della nomina a consigliere di Stato, l'anzianità acquisita nella qualifica di consigliere di tribunale amministrativo regionale nel limite di cinque anni, fatta salva la valutazione degli effetti economici e prendono posto nel ruolo secondo la predetta anzianità».

La lettera della norma è, pertanto, riferita, come chiarisce la contestata determinazione, esclusivamente ai referendari e primi referendari in servizio alla data di entrata in vigore della legge, per il che, il sindacato di questo giudice non potrebbe ad altro concludere, in stretta applicazione della legge, se non nel senso di una pronunzia di annullamento della delibera impugnata.

Essendo, infatti, stabilita una precisa delimitazione di data per l'operatività del riconoscimento di anzianità di cui in oggetto, non sussiste alcuna possibile interpretazione estensiva, né alcuna ipotizzabile lettura costituzionalmente orientata, che conduca ad evitare l'annullamento della delibera impugnata, con attribuzione del beneficio richiesto.

Ritiene, dunque, il Collegio necessario ai fini del decidere sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 5 della legge n. 186 del 27 aprile 1982.

La questione si presenta, infatti, rilevante, nel caso di specie.

La questione è, altresì, non manifestamente infondata.

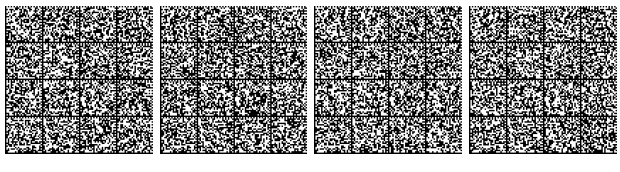
Si deve considerare che il sistema complessivo di organizzazione della Giustizia amministrativa, a causa di varie stratificazioni normative, prive di razionale coordinamento, comporta, in ordine alla strutturazione della carriera dei magistrati amministrativi, la illogicità del costrutto generale risultante dall'attuale apparato legislativo.

In esso si configura, infatti, una singolare ed inusitata fisionomia della carriera di magistratura che prospetta, nella disorganica successione delle leggi, seri problemi di compatibilità degli assetti venuti in essere, rispetto alla funzione esercitata ed, altresì, rispetto alle norme costituzionali.

Ciò deriva da fattori genetici dei Tribunali amministrativi, in quanto, al tempo della legge n. 1034 del 6 dicembre 1971, istitutiva degli organi di primo grado, il modello organizzatorio adottato, comportava una difficile trasferibilità del modulo Consiglio di Stato ai nuovi organi, posto che ivi sussisteva una struttura articolata su magistrati di nomina governativa e magistrati di carriera, entrambi chiamati all'esercizio di funzioni consultive e giurisdizionali, profili questi che invece non esistevano presso i Tribunali di primo grado.

La ricerca di un criterio di armonizzazione tra le due componenti, sicuramente eterogenee, si era concretata in uno schema che rifletteva il fattore differenziale tra i due plessi di magistratura, ed aveva pur tentato di contemperare tale differenziazione, attraverso strumenti di salvaguardia, che tuttavia potevano riguardare essenzialmente la prima fase della vita dei nuovi organi, ma non potevano prevedere le future sopravvenienze legislative e le profonde innovazioni nella strutturazione della carriera, successivamente introdotte.

Prima fra tutte, l'abolizione del referendariato presso il Consiglio di Stato, ciò che avrebbe comportato rilevanti squilibri nei rapporti tra Tar e Consiglio di Stato, secondo quanto verrà in prosieguo esaminato. A seguito della emanazione della legge 27 aprile 1982, n. 186, con gli artt. 6, 19, 23, 50, sono state introdotte rilevanti innovazioni nelle carriere, sia presso il Tar che presso il Consiglio di Stato, ma che, tuttavia, non sembrano essere state coerenti con una organica armonizzazione rispetto al pregresso portato normativo della legge n. 1034/1971, che conservava pressoché integrale vigenza, nonostante talune contraddizioni con le nuove norme.



I tribunali amministrativi regionali, in base all'art. 6 della legge n. 186 del 1982, restano, come per il passato, composti da: presidenti di tribunale, consiglieri, primi referendari e referendari ma, nel contempo sono state abolite le corrispondenti qualifiche di referendario e primo referendario presso il Consiglio di Staro, composto, quindi, dopo il 1982, di soli consiglieri. Ai sensi dell'art. 19 della legge n. 186, un quarto delle disponibilità è riservato alle nomine governative ed un ulteriore quarto alla copertura mediante concorso pubblico per titoli ed esami teorico-pratici. I posti che si rendono vacanti nella qualifica di consigliere di Stato sono conferiti, in ragione della metà, ai consiglieri di tribunale amministrativo regionale con almeno quattro anni di effettivo servizio nella qualifica.

I magistrati dichiarati idonei assumono la qualifica di consigliere di Stato, conservando, unicamente agli effetti del quarto comma dell'articolo 21 (quindi, ai fini della nomina a presidente di *Tar)*, l'intera anzianità maturata nella qualifica di consigliere di tribunale amministrativo regionale.

In base all'art. 21 della legge n. 1034, infatti, i consiglieri, sia dei Tribunali che del Consiglio di Stato, conseguono la nomina alle qualifiche direttive, al compimento di otto anni nella qualifica, essendo precisato che la anzianità maturata dai suddetti Consiglieri presso i Tribunali viene valutata, come detto, nella sua interezza unicamente ai fini dell'accesso alla Presidenza dei Tribunali amministrativi regionali, ma non per la nomina a Presidente di Sezione del Consiglio di Stato.

Si è introdotta, pertanto, una divaricazione di carriera che considera la anzianità maturata presso i Tar come parametro differenziale, a seconda che si debbano coprire posti direttivi presso i Tar ovvero presso il Consiglio di Stato e che, pur essendo comunque considerati equivalenti, attraverso il richiamo all'art. 14 n. 2 della medesima legge n. 186 (che appunto stabilisce che «sono magistrati con funzioni direttive sia i Presidenti di sezione presso il Consiglio di Stato, sia i Presidenti di Tar») configurano un regime di accesso che penalizza gli uni nel trasferimento alle qualifiche direttive presso il Consiglio di Stato e gli altri nella assunzione delle presidenze presso i Tar.

È evidente che tale singolare struttura delle carriere attualmente in atto, comporta conseguenze non solo nel momento della assunzione di incarichi direttivi, ma è causa, a monte, di squilibri nelle inferiori qualifiche che, quindi, si riverberano, in prosieguo di carriera, e proprio nella prospettiva del passaggio alle funzioni direttive, ovunque esercitate.

Ed è in questo senso che l'art. 23, per cui è causa, determina una evidente disparità di trattamento al momento dell'accesso al Consiglio di Stato tra quanti si sono avvalsi del beneficio recato dalla norma e quanti altri non possono avvalersene per un mero fattore temporale all'atto dell'ingresso nei ruoli del Consiglio di Stato.

Si sono, infatti, determinate varie incongruenze che configurano, nell'intero corso delle carriere, fattori di evidente irrazionalità, e che comportano, senza alcuna giustificazione, un regime favorevole per alcune categorie di magistrati, con correlativo pregiudizio per altri, in relazione ad elementi del tutto casuali.

Ed invero, le carriere dei magistrati amministrativi sono disciplinate, nell'intero corso successivo alla legge n. 1034 del 1971, secondo un intricato sistema di retrodatazioni fittizie e sovrapposizioni di posizioni di ruolo, prive di alcun riscontro in alcuna sostanziale ed obiettiva esigenza a loro sostegno.

L'art. 17 della legge n. 1034 aveva salvaguardato il riconoscimento di tutta l'anzianità maturata nella qualifica di consigliere di Tar al momento del passaggio al Consiglio di Stato.

L'art. 23, comma 4 della legge n. 186 del 1982 ha conservato tale previsione solo per i «consiglieri in servizio» alla data di entrata in vigore della legge n. 186; ciò ha determinato un sistema regolatore di carriera, non in via organica, ma con carattere meramente episodico, che è rimasto limitato, senza alcuna plausibile ragione, ad alcune categorie di magistrati dei Tribunali amministrativi (quelli aventi, appunto, alla data di entrata in vigore della legge n. 186, la qualifica di consigliere) e negato per altri.

L'introduzione di una nuova disciplina avrebbe dovuto, di contro, rispondere a criteri regolatori di carattere logico ed obiettivo; pertanto, non si comprende perché dopo aver riconosciuto l'integrale computo di anzianità nelle qualifiche di consigliere Tar all'atto del trasferimento al Consiglio di Stato, per taluni (consiglieri in servizio) ciò non potesse o dovesse costituire il regime generale applicato anche per il futuro.

Ne consegue che il sistema di carriera dei magistrati amministrativi si delinea, oggi, come risultante di una continua fase transitoria che ha determinato un assetto dei ruoli che, invece di ricevere un canone unitario e definitivo, presenta un andamento saltuario e irrazionale.

Di questo sistema si è anche occupata la giurisprudenza costituzionale, affermando che la legge n. 186 del 1982 aveva completamente innovato la materia (Corte costituzionale, 7 febbraio 1984, n. 14, restituendo ai giudici *a quibus,* gli atti relativi alla questione di legittimità costituzionale di una serie di norme della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, relative alla composizione del consiglio di presidenza e alle nomine dei presidenti di *Tar)*.

Anche gli organi amministrativi hanno interpretato la disposizione dell'art. 17 come superata dalla disposizione della legge del 1982, ovvero riferita solo ai magistrati dei Tribunali amministrativi regionali, che alla data di entrata in vigore della legge n. 186 del 1982, avessero già conseguito la qualifica di consigliere di Tribunale amministrativo regionale, come previsto dal comma 4 dell'art. 23 della legge n. 186 del 1982.

Venuta quindi a cessare, per più di una ragione, l'operatività dell'art. 17 della legge n. 1034 cit., il quadro si configura oggi nei seguenti termini:

1) pregresso riconoscimento in base ai commi 4 e 5 dell'art. 23, di tutta l'anzianità maturata nella qualifica di consigliere di Tribunale per coloro che si erano potuti avvalere, in via quindi transitoria, dell'art. 17 della legge n. 1034 del 1971, istitutiva dei Tribunali amministrativi;

2) riconoscimento di una anzianità «fittizia» di cinque anni al momento del passaggio al Consiglio di Stato per coloro che alla data di entrata in vigore della legge del 1982 fossero primi referendari e referendari in servizio presso i Tribunali amministrativi;

3) nessun riconoscimento dell'anzianità maturata nei Tribunali amministrativi regionali per i consiglieri di Tar transitati e transitandi al Consiglio di Stato, che non fossero in servizio alla data di entrata in vigore della legge n. 186.

Ed è quest'ultimo il caso degli odierni ricorrenti.

L'applicazione della norma dell'art. 23, comma 5 della legge n. 186 del 1982, nei termini strettamente letterali e senza riguardo alla ripercussione sugli assetti di carriera ed ai seri dubbi di congruenza complessiva del sistema, non potrebbe che comportare — come già detto in limine — l'accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento della delibera qui impugnata, ma con il consolidamento di posizioni di *status* che non rispondono a criteri di eguaglianza tra soggetti aventi situazioni del tutto identiche.

Il Collegio, pertanto, ritiene che il quadro normativo delineato dall'art. 23 della legge n. 186 del 1982 sia costituzionalmente illegittimo per la violazione dell'art. 3 Cost. sotto molteplici profili ed in particolare per la assoluta irragionevolezza e disparità di trattamento tra posizioni di carriera sostanzialmente e formalmente indifferenziate.

L'art. 23 introduce, infatti, un regime transitorio per il riconoscimento della anzianità, che non può essere considerato ragionevole se circoscritto ad un «favor» riguardante unicamente una categoria di personale individuato in base ad un fattore temporale di attività di servizio in una determinata qualifica e non anche caratterizzato da alcun fattore strutturale rispondente a peculiari e plausibili elementi differenziali.

Questo giudice non ignora che la Corte costituzionale ha più volte affermato che l'introduzione di un regime transitorio o di un determinato trattamento per alcune categorie sia rimessa alla discrezionalità del legislatore.

La Corte stessa ha, tuttavia, affermato che, nell'esercizio dei poteri più ampi di discrezionalità, sussiste il limite della palese irragionevolezza nella fissazione delle norme, specialmente di carattere transitorio, che introducono benefici temporanei non rispondenti a peculiari situazioni di fatto e diritto, meritevoli di un apprezzamento particolare di carattere sostanziale. Ciò tanto più ove si tratti di disciplina di carattere derogatorio rispetto al canone generale, determinativo di scelte connesse all'individuazione di alcune categorie a cui spetti un beneficio che non debba o non possa essere esteso a posizioni giuridiche equivalenti per intrinseche ragioni di base dei beneficiari (Corte costituzionale, 20 novembre 2008, n. 376, si era in tema di prestazioni previdenziali, ma il principio assumeva valenza di canone generale).

Sembra perciò evidente che, nel caso di specie, il regime introdotto con l'art. 23 cit., nella parte venuta in esame, sia viziato da irrazionalità e violi il principio di uguaglianza.

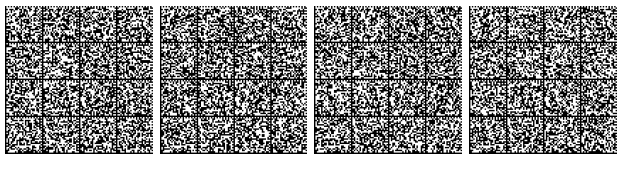
Si tratta, infatti, del riconoscimento, non di un determinato trattamento economico più o meno favorevole o di determinati scatti di anzianità o di modalità di carriera più o meno rapida, ma della totale mancata considerazione di una anzianità maturata, con pregiudizio a carico di un servizio effettuato nello svolgimento delle medesime funzioni giurisdizionali, rispetto a quelle svolte dai beneficiari del comma 5 dell'art. 23, da personale, quindi, riconosciuto omogeneo, non solo per l'identità dei profili processuali delle funzioni assolte quali giudici di primo e secondo grado, ma, altresì, espressamente equiparato anche dal dato testuale degli artt. 13 e 28 della legge n. 1034 del 1971 (quest'ultima norma abrogata solo con la entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010).

Appare, dunque, irragionevole una disciplina legislativa, per essa intesa la legge n. 186, che, come si legge nei lavori preparatori, era nata per dare maggiore uniformità ai ruoli dei magistrati amministrativi e avvicinarla alla magistratura ordinaria, ed ha introdotto, invece, un regime fortemente differenziato e penalizzante per alcune categorie di magistrati.

Tale regime, infatti, non risulta giustificato in relazione ad alcuna corrispondente peculiarità dei referendari e primi referendari in servizio alla data di entrata in vigore della legge, rispetto a quelli entrati successivamente.

Questi, infatti, sono entrati nei ruoli della magistratura amministrativa con il medesimo tipo di accesso (concorso per titoli ed esami), con le stesse prove concorsuali dei colleghi entrati successivamente (tra cui quelli interessati dalla delibera impugnata).

Si è, dunque, determinata l'introduzione di un regime transitorio doppiamente peggiorativo, rispetto a quello precedente, che aveva concesso prima il riconoscimento della piena anzianità (art. 17 della legge n. 1034 del 1971 e 23,



comma 4), successivamente il beneficio di soli cinque anni per taluni, ma con ulteriore opposta previsione «a regime» del mancato riconoscimento della totale anzianità (cd. anzianità zero) per altri.

La norma dell'art. 23 appare, dunque, palesemente irragionevole per la istituzione di un beneficio ad esclusivo regime transitorio, non essendovi alcun elemento per ritenere che i magistrati amministrativi allora in servizio fossero o siano oggi, diversi per titoli e funzioni, rispetto a quelli che dal 1982 in poi sono stati nominati a seguito delle medesime procedure concorsuali e con gli stessi titoli di servizio e di anzianità richiesti per parteciparvi.

La irragionevolezza risulta anche evidente in relazione agli altri principi generali che governano sia la disciplina del pubblico impiego sia quella più specifica della magistratura ordinaria.

L'art. 200, comma 3 del T.U. n. 3 del 1957, ancora applicabile alla categorie del pubblico impiego non privatizzato, indica infatti un principio generale di garanzia della conservazione della anzianità.

Inoltre, il mancato riconoscimento della anzianità ai consiglieri di Tribunale amministrativo entrati in servizio successivamente al 1982, quali quelli oggetto della delibera impugnata, risulta chiaramente in contrasto con la previsione dell'art. 107 della Costituzione.

Tale norma, come è noto, afferma che i magistrati si distinguono solo per diversità di funzioni; funzioni che sono del tutto indifferenziate presso la magistratura amministrativa, dove non si registrano posizioni di carriera distinte, ad esempio, fra pubblici ministeri, magistrati giudicanti, collegi, giudici di indagine preliminare, giudici di legittimità.

Il Collegio è a conoscenza che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha affermato che non tutte le norme costituzionali dettate per la magistratura ordinaria si estendono alle altre magistrature e che per le magistrature speciali molte garanzie sono rimesse al legislatore ordinario, che può dare attuazione ad alcuni principi generali con modalità diverse.

Tuttavia, tali modalità non possono arrivare a costituire un regime assolutamente irragionevole, che comporta la totale pretermissione delle funzioni giurisdizionali svolte in primo grado presso la magistratura amministrativa; ciò che, sia per il presente, come già nel passato, ha costantemente distorto la strutturazione dei ruoli in tutta la storia della magistratura amministrativa, dopo l'istituzione dei Tribunali di primo grado.

Dall'art. 107 emerge, infatti, un principio generale per cui le funzioni giurisdizionali sono omogenee in qualunque grado siano esercitate; il che presso la magistratura ordinaria vale, senza distinzione, tra le funzioni di merito e di legittimità.

Ne deriva che le funzioni giurisdizionali svolte in primo grado non possono non essere considerate, al momento del passaggio alla magistratura di appello, stante l'identità delle funzioni stesse e del *genus* processuale.

Ancora più irragionevole tale regime risulta, poi, in presenza della retrodatazione della nomina dei consiglieri di Stato a seguito di concorso, ai sensi del n. 3 dell'art. 19 della legge n. 186 del 1982; norma questa che considera come svolte, funzioni giurisdizionali non effettivamente esercitate; il che ha ulteriormente inciso nell'intera configurazione della carriere, con pari irragionevolezza.

L'assoluta estemporaneità dell'art. 23, comma 5 emerge, altresì, rispetto alle altre disposizioni della medesima legge n. 186 del 1982, nonché rispetto alla volontà del legislatore della riforma del 1982, in base ai lavori preparatori.

L'art. 21 della legge n. 186 del 1982 al comma 1 prevedendo, come già illustrato, che i consiglieri di Stato e i consiglieri di Tribunale amministrativo regionale al compimento di otto anni di anzianità nelle rispettive qualifiche possono conseguire la nomina alle qualifiche di presidente di sezione del Consiglio di Stato e presidente di Tribunale amministrativo regionale, evidentemente presuppone e ribadisce la uniformità delle funzioni giurisdizionali svolte in primo grado e in appello, nella qualifica di consigliere, come altresì, stabilito dall'art. 14 della legge n. 186 del 1982, che al punto 2 prevede le qualifiche di Presidente di sezione del Consiglio di Stato e di Presidente di Tribunale amministrativo regionale come assolutamente equiparate e differenziate unicamente in base all'ufficio giudiziario presso il quale tali funzioni direttive sono esercitate.

Si deve tenere conto, altresì, che l'art. 28 della legge n. 1034 del 1971, abrogato solo dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2010 prevedeva che il Consiglio di Stato — come già cennato —, in sede di appello, esercita gli stessi poteri giurisdizionali di cognizione e di decisione del giudice di primo grado.

A conferma ulteriore di tale equiparazione funzionale, la medesima norma dell'art. 21 ai commi 3 e 4 prevede che, limitatamente ai posti di presidente di sezione del Consiglio di Stato, la nomina sia riservata a coloro che abbiano prestato servizio per almeno due anni presso il Consiglio di Stato (unico requisito specifico, quindi, per il con ferimento delle funzioni di Presidente di sezione del Consiglio di Stato).

In particolare, ai sensi del comma 4, e limitatamente al conferimento della qualifica di Presidente di Tribunale amministrativo regionale, viene computata l'intera anzianità maturata nella qualifica di Consigliere presso il Tribunale amministrativo regionale. Ciò contrasta, invece, con il mancato riconoscimento dell'anzianità di consigliere di Tar ai fini della nomina a consigliere di Stato.

La equiparazione tra consiglieri di Stato e consiglieri di Tribunale amministrativo è poi piena sotto il profilo economico. Ai sensi del comma 6 del medesimo art. 21 della legge n. 186 del 1982, i consiglieri di Stato e i consiglieri di Tribunale amministrativo regionale, al compimento della anzianità di otto anni nella qualifica, conseguono il trattamento economico inerente alla qualifica di magistrato di cassazione con funzioni direttive superiori.

Da tale quadro normativo emerge, già solo all'interno dello stesso art. 21 della legge n. 186 del 1982, la normale equiparazione delle funzioni svolte dai giudici amministrativi in primo grado e in appello, equiparazione rispetto alla quale risulta, invece, assolutamente irragionevole il mancato riconoscimento dell'esperienza maturata presso i Tribunali amministrativi al momento del passaggio al Consiglio di Stato, per la cui giustificazione occorrerebbe la sussistenza di situazioni differenziali, che si sono viste del tutto insussistenti.

Inoltre, l'art. 13 della legge n. 1034 del 1971, la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, distinguendo tra le qualifiche di consigliere, referendario e primo referendario di Tribunale amministrativo regionale, già aveva esteso espressamente le norme sullo stato giuridico e sul trattamento economico del personale di corrispondente qualifica della magistratura del Consiglio di Stato.

Per quanto le modifiche ordinamentali introdotte con la legge n. 186 del 1982 possano rientrare nell'esercizio della discrezionalità del legislatore, tale discrezionalità, nel caso di specie, appare, con assoluta evidenza, esercitata in modo illogico.

Il legislatore, infatti, ha inciso in senso peggiorativo su una previsione già in vigore (riconoscimento della anzianità maturata nella qualifica di consigliere di Tribunale amministrativo) conforme al sistema normativo sia della legge n. 1034 del 1971(art. 13) sia della stessa legge n. 186 del 1982 (art. 21) e al naturale assetto dei rapporti tra giudici di primo grado e di appello.

La disciplina dell'art. 23 non appare peraltro giustificata, come già esposto, da alcun diverso regime di accesso tra coloro che erano in servizio nel 1982 e quelli entrati successivamente, in quanto tutti sono stati sottoposti all'identico concorso di cui all'articolo 14 della legge n. 1034 del 1971 e all'art. 19 del d.P.R. n. 214 del 21 aprile 1973, norma alle quali espressamente rimanda l'art.16 della legge n. 186/1982.

Il pregiudizio sussistente a carico dei consiglieri Tar è ulteriormente confermato dalla abolizione, da parte della legge n. 186, delle qualifiche dei referendari e primi referendari del Consiglio di Stato, ciò che ha configurato l'accesso diretto alla qualifica di consigliere di Stato a seguito di concorso e non più a quella di referendario del Consiglio di Stato.

In tale modo, la nomina diretta per concorso al Consiglio di Stato, avuto riguardo ai principi dell'art. 97 e 98 della Costituzione, comporta un evidente potenziamento di carriera, eliminando l'intero periodo quadriennale di referendariato prima esistente e che, invece, permane presso i Tribunali amministrativi, ove i magistrati acquisiscono la qualifica di consigliere dopo otto anni di concreto esercizio di funzioni giurisdizionali; ciò che conferma la segnalata irragionevolezza, in quanto i magistrati che accedono al Consiglio di Stato nella qualifica diretta di Consigliere possono non avere mai esercitato funzioni giurisdizionali amministrative.

Tale stato di cose è palesemente arbitrario ed irragionevole in quanto determina, in atto, il superamento anche di personale che può vantare una anzianità di venti o venticinque anni nelle funzioni di magistratura.

E vieppiù irragionevole risulta, in quanto tale anzianità è stata computata solo in parte per taluni magistrati Tar e negata per altri.

L'art. 23, comma 5 appare, altresì, illogico in relazione alla volontà del legislatore del 1982, in base ai lavori preparatori.

Va, infatti, considerato che, nei lavori preparatori della legge n. 186, si afferma che il principio ispiratore della riforma della legge n. 1034 del 1971 operata nel 1982 era rappresentato dalla «necessità di unificare i ruoli dei magistrati amministrativi, analogamente a quanto si fece nell'immediato dopoguerra per quelli ordinari», come risulta dalla relazione di accompagnamento al disegno di legge.

Si legge nella medesima relazione che l'unificazione dei ruoli è urgente al fine di uniformare ai principi costituzionali l'assetto organizzativo e lo status giuridico ... «alla luce di tali principi non può non essere eliminata al più presto ogni forma di discriminazione, dipendente dall'attuale sistema, articolato in ruoli separati» ... ciò «a un lato non risponde ad alcuna esigenza di funzionalità e dall'altro contrasta con l'obiettiva identità e dignità delle funzioni esercitate, risolvendosi anzi in una forma anomala di subordinazione gerarchica dei Tribunali amministrativi regionali al Consiglio di Stato e, quindi, in un chiaro attentato all'autonomia e alla indipendenza».

Tali affermazioni sono evidentemente in contrasto con il sistema realizzato dall'art. 23, comma 5 della legge n. 186 del 1982, che ha introdotto modifiche peggiorative del regime dei magistrati dei Tribunali amministrativi, in una disciplina che avrebbe dovuto essere più favorevole e realizzativa della equiparazione funzionale voluta dalla legge.

È bensì vero che la novità introdotta dalla legge n. 186 è stata anche rappresentata dall'incremento della aliquota di posti spettanti ai magistrati provenienti dai Tribunali nel ruolo di Consigliere di Stato.

L'aumento della aliquota di provenienza dai Tribunali amministrativi, diversamente dalla denunciata previsione dell'art. 23, è invero conforme a quanto risulta nei lavori preparatori, circa la volontà del legislatore di procedere alla unificazione dei ruoli, secondo la quale «costituisce il logico necessario presupposto per l'attribuzione a tutti gli appartenenti alla magistratura amministrativa di un unico status e di identiche garanzie di indipendenza», potenziando appunto l'accesso alle funzioni di appello per un maggior numero di magistrati di Tar.

Ciò che è corroborato dal riferimento all'art. 107 della Costituzione, secondo il quale i magistrati si distinguono solo per funzioni, così ribadendo il principio che il disegno di legge si ispira, per quanto possibile, all'ordinamento dei magistrati ordinari.

E poiché, come già puntualizzato, il giudizio amministrativo sia in primo che in secondo grado, è sempre esclusivamente giudizio di legittimità, con omogeneità di qualificazione professionale fra il giudice di primo e secondo grado, manca ragione alcuna per giustificare diverse posizioni di carriera.

La vera novità costituita dalla legge n. 186 del 1982 è, quindi, caratterizzata dalla soppressione delle qualifiche di referendario e primo referendario del Consiglio di Stato, al fine di bilanciare l'aumento delle aliquote per i passaggi dai Tribunali amministrativi e garantire, quindi, ai vincitori di concorso una più rapida progressione in carriera rispetto ai colleghi provenienti dai Tribunali.

Sembra, pertanto, che in attuazione di appropriati criteri di ragionevolezza, applicati alla strutturazione della carriera della magistratura amministrativa, non possa sussistere una modalità di progressione talmente discorsiva, da tralasciare ogni valutazione dell'esercizio di funzioni giurisdizionali, pur esercitate per un numero considerevole di anni, ai fini della progressione dei magistrati di provenienza Tar nelle funzioni di appello, considerata l'espressa affermazione della omogeneità delle funzioni svolte in primo grado e in appello, da parte dell'art. 28 della legge n. 1034 del 1971).

La sentenza della Corte cost. n. 272 del 2008, che ha dichiarato inammissibile una questione proposta dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio riguardo alle aliquote di composizione del Consiglio di Stato, rispetto alla riforma del 1982, ha fatto riferimento proprio alla scelta operata dal legislatore del 1982 di ampliare per il futuro le possibilità dei consiglieri Tar di accedere alla qualifica di consigliere di Stato rispetto alla normativa precedente «al fine di valorizzare l'esperienza professionale dei più maturi consiglieri degli organi decentrati di giustizia amministrativa».

Ulteriore censura attiene al profilo della uguaglianza.

La giurisprudenza della Corte ha affermato che il principio di uguaglianza riguarda il trattamento uguale di situazioni uguali ed il trattamento diverso di situazioni differenti. L'applicazione delle norme censurate comporta una grave lesione del principio di uguaglianza in quanto sono trattate in maniera diversa situazioni sostanzialmente e formalmente uguali.

Altri profili di irragionevolezza si traggono dal confronto con la magistratura ordinaria.

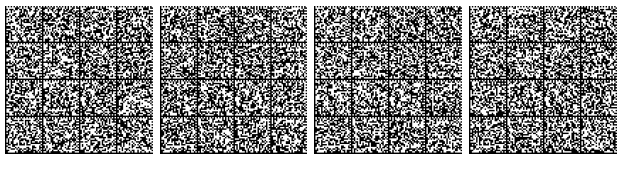
La Corte costituzionale, infatti, dopo aver affermato, come detto, che le magistrature speciali non sono integralmente disciplinate dalle norme costituzionali che riguardano la magistratura ordinaria e che la relativa disciplina è rimessa al legislatore ordinario, ha ribadito, con la sentenza n. 434 del 21 dicembre 2001 che, l'art. 107, comma 3 della Costituzione riguarda esclusivamente la magistratura ordinaria, poiché le garanzie di indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali sono stabilite dalla legge ordinaria *ex* art. 108, secondo comma, della Costituzione.

Peraltro, nella medesima sentenza, la Corte ha affermato che al legislatore ordinario spetta, nella materia dell'organizzazione dei pubblici uffici e dell'articolazione delle carriere, una discrezionalità che, per quanto ampia, non può sfuggire al sindacato di costituzionalità, allorquando si dimostri la palese arbitrarietà o la manifesta irragionevolezza della scelta adottata.

Anche il Consiglio di Stato, esaminando la questione di legittimità costituzionale del Tribunale di Giustizia amministrativa di Trento (ritenendola manifestamente infondata), ha affermato, sia con la decisione della IV sezione n. 393 del 4 febbraio 2004, sia con sentenza della VI sezione n. 1049 del 23 febbraio 2009, che: «i principi dell'imparzialità e della terzietà dei magistrati, espressamente enunciati per la prima volta nella nuova formulazione del comma 2 dell'art. 111 Cost., sono sempre stati comunque sottesi alla disciplina dell'ordinamento giudiziario, rappresentando un insopprimibile presupposto, ancorché implicito, degli stessi principi di autonomia ed indipendenza dei magistrati (art. 104 Cost.) e della loro esclusiva soggezione alla legge (art. 101 Cost.), secondo le fondamentali garanzie del diritto di azione e di difesa (art. 24 e 113 Cost.)».

Trasferendo le sopra esposte considerazioni agli organi di giustizia a amministrativa, sono state considerate applicabilile norme degli articoli 101, 104, 111 della Costituzione, nonché la generale guarentigia di cui all'art. 102 e 101, consistente nel principio di indipendenza e di soggezione unicamente alla legge, quale denominatore unico comune di tutti i giudici.

In particolare, neppure è in dubbio, nella giurisprudenza amministrativa, la inamovibilità dei magistrati di qualsiasi ordine e grado (C.d.S. sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4835 riguardo alla Corte dei Conti).



Sarebbe perciò assolutamente irragionevole quell'ordinamento che introducesse una disciplina radicalmente diversa tra le due magistrature, sia in relazione alla uniformità delle progressioni in carriera (Tabella allegata alla legge n. 27 del 1981, confermata dal richiamato art. 21, comma 6 della legge n. 186 del 1982); sia alla estensione delle analoghe garanzie sopra evidenziate.

È inoltre fortemente sintomatico il rilievo della istituzione, con l'art. 7 della legge n. 186, di un comune organo di autogoverno per la magistratura amministrativa; norma sulla quale è, altresì, intervenuta la successiva legge n. 205 del 21 luglio 2000, che ha introdotto nel consiglio di presidenza della giustizia amministrativa i membri eletti dal Parlamento, rendendolo analogo al Consiglio Superiore della Magistratura.

La medesima norma della legge n. 205 ha fatto espresso e significativo riferimento ad un «generale riordino della giustizia amministrativa sulla base della unicità di accesso e di carriera», riordini non ancora venuto a realizzazione.

Peraltro, l'attuale codice del processo amministrativo, configurando una più accentuata assimilazione della magistratura amministrativa sotto il profilo processuale a quella della giustizia ordinaria, non può non comportare un evidente avvicinamento della struttura complessiva della giustizia amministrativa a quella ordinaria, determinando un deciso superamento di quei profili peculiari di questa, che avevano giustificato, in passato, i fattori differenziali tra i due apparati di giustizia e le relative posizioni di carriera, secondo il giudizio della Corte costituzionale.

Il confronto con la magistratura ordinaria e le sue ricadute in termini di irrazionalità con il sistema di carriera vigente nella magistratura amministrativa si pone oggi rafforzato con il d.lgs. n. 160 del 5 aprile 2006, che determina la nuova disciplina, nonché progressione economica e di funzioni dei magistrati ordinari.

L'art. 12, comma 14, prevede, infatti, per il conferimento delle funzioni di legittimità presso la Suprema Corte di Cassazione, la quinta valutazione di professionalità.

Prevede, altresì, per il conferimento di tali funzioni, limitatamente al 10 per cento dei posti vacanti, una procedura valutativa riservata ai magistrati che abbiano conseguito la seconda o la terza valutazione di professionalità e che siano in possesso di titoli professionali e scientifici adeguati. Peraltro, a seguito del superamento di tale procedura valutativa, «il conferimento delle funzioni di legittimità per effetto del presente comma non produce alcun effetto sul trattamento giuridico ed economico spettante al magistrato, né sulla collocazione nel ruolo di anzianità o ai fini del conferimento di funzioni di merito».

Anche sotto altri profili, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha poi avvicinato sempre più la giurisdizione amministrativa a quella ordinaria. Nella sentenza n. 204 del 2004 ha affermato che il Costituente ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione delle situazioni soggettive non contemplate dall'art. 2 della legge del 1865: «l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi — la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo — le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare».

Più di recente nella sentenza n. 77 del 2007 la Corte ha affermato, altresì, che «il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi è certamente incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali. Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi».

L'effettività della tutela nei due ordini di giurisdizione non può essere assicurata se non vi sono analoghe garanzie dei magistrati ed analogo rispetto dei principi fondamentali che governano la giurisdizione, tra cui quello dell'art. 107, comma 3, considerato il processo evolutivo in corso e che ha visto estesi alla magistratura amministrativa ampi settori di competenze del tutto impensabili nel passato, quali il risarcimento del danno, l'ampliamento della giurisdizione esclusiva e di merito, i provvedimenti *ante causam,* la decretazione ingiuntiva, i mezzi istruttori (consulenza tecnica, testi è quindi evidente che il complessivo portato innovativo della funzione non possa essere ristretto negli schemi organizzativi precedenti, che appaiono del tutto anacronistici e della cui irragionevolezza è chiaro sintomo, fra gli altri, la penalizzazione di carriera di cui qui si è detto.

Vi è poi da richiamare un raffronto con il regime della magistratura contabile.

Come è noto, a seguito della riforma operata con la legge n. 19 del 14 gennaio 1994, sono state istituite le sezioni regionali della Corte dei Conti come organi giurisdizionali di primo grado, avverso le decisioni dei quali viene proposto appello alla sezioni centrali. Nei rapporti tra organi di primo grado e di appello i magistrati hanno assoluta uniformità di qualifiche e funzioni.

Se anche rispetto alla Corte dei Conti non si può ritenere assoluta l'adozione di un analogo regime, in quanto le modalità di funzionamento e di organizzazione della magistratura amministrativa e contabile sono riservate al legislatore ordinario, non si può non considerare assolutamente irragionevole un assetto organizzativo del tutto differente

rispetto sia alla giurisdizione ordinaria che a quella contabile, specificatamente, per quanto concerne l'anzianità di quanti passano ad esercitare funzioni d'appello.

Né può valere a superare la assoluta irragionevolezza e disparità di trattamento, la considerazione delle diverse funzioni del Consiglio di Stato rispetto ai Tribunali amministrativi regionali, in relazione alle competenze anche consultive del Consiglio di Stato.

I magistrati provenienti dai Tribunali, infatti, sono in gran parte assegnati a sezioni giurisdizionali, che svolgono funzioni d'appello rispetto alle decisioni dei Tribunali amministrativi, né lo svolgimento di funzioni consultive del Consiglio di Stato può ritenersi imprescindibile, in quanto molti magistrati del Consiglio di Stato non hanno mai svolto tali funzioni, peraltro, oggi ridimensionate rispetto al passato, per effetto di eliminazioni di competenze che hanno comportato una compressione dell'area di esercizio della funzione consultiva e della sua rilevanza.

Di fronte a tale complesso quadro normativo, sia nell'ambito della magistratura amministrativa, che con riguardo all'intero ordinamento della giustizia, il Collegio ritiene che il mancato riconoscimento dell'anzianità di giudice di primo grado al momento del passaggio al Consiglio di Stato, costituisca una palese e irragionevole disparità di trattamento sia all'interno della magistratura amministrativa (tra chi è entrato ad una certa data e chi successivamente), sia rispetto ai principi generali che governano la magistratura ordinaria e contabile nonché primo sintomo di un generale disagio che comporta taluni riflessi sullo stesso esercizio della funzione.

In conclusione, il Collegio ritiene che il giudizio debba essere sospeso e che gli atti vadano trasmessi alla Corte costituzionale, attesa la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 23, comma 5 della legge n. 186 del 1982, per la violazione dell'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui si riferisce esclusivamente «ai referendari o ai primi referendari in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge», concedendo ad essi i benefici di carriera negati a soggetti aventi identica posizione qualificativa sostanziale.

L'intervento additivo richiesto da questo giudice, costituisce, soluzione costituzionalmente obbligata, in quanto proprio la norma dell'art. 23, comma 5 della legge n. 186 del 1982, posta a base del provvedimento impugnato, ha indicato in cinque anni il periodo di anzianità che deve essere riconosciuto al momento del passaggio alle funzioni di appello, quale spettanza riservata ai magistrati in servizio ai tempi dell'entrata in vigore della norma.

Sembra, infatti, per quanto esposto, pienamente prospettabile la pronunzia di incostituzionalità dell'art. 23 in oggetto, per tutti i profili fin qui delineati, al fine di promuovere l'estensione del regime, che il legislatore ha previsto solo per i referendari e primi referendari in servizio alla data di entrata in vigore della legge del 1982 e che penalizza irragionevolmente ed ingiustamente una intera categoria di personale di magistratura.

La rimessione degli atti alla Corte costituzionale lascia riservata ogni altra questione in merito ed in rito del presente giudizio, fino all'esito della sopra indicata questione pregiudiziale.

P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 5 della legge n. 186 del 1982, nella parte in cui si riferisce esclusivamente ai «referendari o ai primi referendari in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge» per la violazione dell'art. 3 della Costituzione e dei principi di ragionevolezza e disparità di trattamento.

Dispone, per i motivi sopra indicati, l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 23 legge n. 87 del 1953, e, per l'effetto, sospende il giudizio in corso.

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

Così deciso nelle camere di consiglio del 16 giugno e del 3 dicembre 2010.

Il Presidente: AMOROSO

Il consigliere estensore: SAPONE

11C0079

N. **33**

Ordinanza del 13 dicembre 2010 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sul ricorso proposto da Chieppa Roberto ed altri contro Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa ed altri

Giustizia amministrativa - Primi referendari e referendari dei Tribunali amministrativi regionali in servizio alla data di entrata in vigore della legge censurata - Previsione della conservazione, all'atto della nomina a Consigliere di Stato, dell'anzianità acquisita nella qualifica di consigliere di Tribunale amministrativo regionale, nel limite di cinque anni - Ingiustificato trattamento di privilegio dei primi referendari e referendari in servizio alla predetta data rispetto ai consiglieri entrati in servizio successivamente.

– Legge 27 aprile 1982, n. 186, art. 23, comma 5.
– Costituzione, art. 3.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 327 del 2005, proposto da Chieppa Roberto, Cacace Salvatore, Corradino Michele, De Felice Sergio, Deodato Carlo, Garofoli Roberto, Mastrandrea Gerardo, Montedoro Giancarlo, Carlotti Gabriele, Russo Nicola, Troiano Paolo rappresentati e difesi dall'avv. Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso Carlo Malinconico in Roma, viale Bruno Buozzi, 109;

Contro Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa; Presidenza del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Nei confronti di D'Agostino Filoreto; Visciola Carlo, Mele Eugenio, Polito Bruno Rosario, Tavernelli Giancarlo, rappresentati e difesi dall'avv. Paola Conticiani, con domicilio eletto presso Paola Conticiani in Roma, largo Messico, 7;

Per l'annullamento:

della delibera del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa del 3-11-2004 di riconoscimento di cinque anni di anzianità ai consiglieri di TAR Tavarnelli, Mele, Polito e Visciola transitati al Consiglio di Stato;

di tutti gli altri preordinati e connessi;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Visciola Carlo;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Mele Eugenio;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Polito Bruno Rosario;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Tavernelli Giancarlo;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2010 il cons. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Con decreti del Presidente della Repubblica del 23-6-2003, sono statinominati consiglieri di Stato i consiglieri di Tribunale amministrativoregionale Giancarlo Tavarnelli, Bruno Rosario Polito, Carlo Visciola, Eugenio Mele. I decreti di nomina rinviavano a successivo decreto per la "determinazione del posto in ruolo" dei predetti magistrati. Con istanze del 16-10-2003 e successivamente del 25-3-2004 i suddetti consiglieri di Stato chiedevano al Consiglio di Presidenza di determinarsi in ordine al posto spettante in ruolo.

Con delibera del Consiglio di Presidenza del 3-11-2004, sono stati riconosciuti cinque anni di anzianità ai consiglieri di Stato Giancarlo Tavarnelli, Bruno Rosario Polito, Carlo Visciola, Eugenio Mele nominati con d.P.R. del 23-6-2003, in applicazione dell'art. 23 comma 5 della legge n. 186 del 27-4-1982.

Avverso tale delibera è stato proposto il presente ricorso n. 327 del 2005 da consiglieri di Stato, entrati in servizio dal 1999 al 2003, formulando le seguenti censure:

incompetenza assoluta del Consiglio di Presidenza; inammissibilità del riconoscimento di una legislazione domestica del Consiglio di Presidenza;

incompetenza del Consiglio di Presidenza sotto altro profilo: impossibilità di modificare provvedimenti non impugnati e comunque adottati da organi diversi dal Consiglio di Presidenza; violazione dell'articolo 23 comma 5 della legge n. 186 del 27-4-1982;

illegittima composizione del Consiglio di Presidenza; illegittimità dei decreti del Presidente del Consiglio di Stato del 14 maggio 2002, 25 luglio 2002 e delle deliberazioni del Consiglio di Presidenza del 6-6-2002, del 20-6-2002, del 18-7-2002, del 30-1-2004; violazione degli artt 7 e 9 della legge n. 186 del 1982;

violazione dell'art 23 comma 6 della legge n. 186 del 1982; motivazione carente; illogica; contraddittoria; ingiustizia manifesta; grave disparità di trattamento;

All' udienza pubblica del 16-6-2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

La delibera impugnata è basata sulla norma dell'art. 23 comma 5 della legge n°186 del 1982, che riconosce l'anzianità nella qualifica di consigliere maturata nei ruoli dei tribunali amministrativi regionali nel limite di cinque anni. Tale norma prevede: "salvo quanto previsto nel quarto comma del precedente articolo 21 (ovvero per l'anzianità maturata ai fini della nomina a presidente di sezione di *Tar)*, i primi referendari e referendari dei tribunali amministrativi regionali in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge conservano, all'atto della nomina a consigliere di Stato, l'anzianità acquisita nella qualifica di consigliere di tribunale amministrativo regionale nel limite di cinque anni, fatta salva la valutazione degli effetti economici e prendono posto nel ruolo secondo la predetta anzianità".

La lettera della norma è, pertanto, riferita esclusivamente ai referendari e primi referendari in servizio alla data di entrata in vigore della legge, per il che, il sindacato di questo giudice non potrebbe ad altro concludere, in stretta applicazione della legge, se non nel senso di una pronunzia di annullamento della delibera impugnata.

Essendo, infatti, stabilita una precisa delimitazione di data per l'operatività del riconoscimento di anzianità di cui in oggetto, non sussiste alcuna possibile interpretazione estensiva, né alcuna ipotizzabile lettura costituzionalmente orientata, che conduca ad evitare l'annullamento della delibera impugnata, con attribuzione del beneficio richiesto.

Il Collegio ritiene, dunque, necessario, ai fini del decidere, sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 comma 5 della legge n°186 del 27 aprile 1982.

La questione si presenta, infatti, rilevante, nel caso di specie.

La questione è, altresì, non manifestamente infondata.

Si deve considerare che il sistema complessivo di organizzazione della Giustizia amministrativa, a causa di varie stratificazioni normative, prive di razionale coordinamento, comporta, in ordine alla strutturazione della carriera dei magistrati amministrativi la illogicità del costrutto generale risultante dall'attuale apparato legislativo.

In esso si configura una singolare ed inusitata fisionomia della carriera di magistratura che prospetta, nella disorganica successione delle leggi, seri problemi di compatibilità degli assetti venuti in essere, rispetto alla funzione esercitata ed, altresì, rispetto alle norme costituzionali.

Ciò deriva da fattori genetici dei Tribunali amministrativi, in quanto, al tempo della Legge 1034 del 6 dicembre 1971, istitutiva degli organi di primo grado, il modello organizzatorio adottato, comportava una difficile trasferibilità del modulo Consiglio di Stato ai nuovi organi, posto che ivi sussisteva una struttura articolata su magistrati di nomina governativa e magistrati di carriera, entrambi chiamati all'esercizio di funzioni consultive e giurisdizionali, profili questi che invece non esistevano presso i Tribunali di primo grado.

La ricerca di un criterio di armonizzazione tra le due componenti, sicuramente eterogenee, si era concretata in uno schema che si rifletteva il fattore differenziale tra i due plessi di magistratura, ed, aveva pur tentato di contemperare tale differenziazione, attraverso strumenti di salvaguardia, che tuttavia potevano riguardare essenzialmente la prima fase della vita dei nuovi organi, ma non potevano prevedere le future sopravvenienze legislative e le profonde innovazioni nella strutturazione delle carriera, successivamente introdette.

Prima fra tutte, l'abolizione del referendariato presso il Consiglio di Stato, ciò che avrebbe comportato rilevanti squilibri nei rapporti tra Tar e Consiglio di Stato, secondo quanto verrà in prosieguo esaminato.

A seguito della emanazione della legge 27 aprile 1982, n. 186, con gli artt. 6, 19, 23, 50, sono state introdotte rilevanti innovazioni nelle carriere, sia presso il Tar che presso il Consiglio di Stato, ma che, tuttavia, non sembrano

essere state coerenti con una organica armonizzazione rispetto al pregresso portato normativo della legge 1034/71, che conservava pressoché integrale vigenza, nonostante talune contraddizioni con le nuove norme.

I tribunali amministrativi regionali, in base all'art. 6 della legge n. 186 del 1982, restano, come per il passato, composti da: presidenti di tribunale, consiglieri, primi referendari e referendari ma, nel contempo sono state abolite le corrispondenti qualifiche di referendario e primo referendario presso il Consiglio di Stato, composto, quindi, dopo il 1982, di soli consiglieri.

Ai sensi dell'art 19 della legge n. 186,un quarto delle disponibilità è riservato alle nomine governative ed un ulteriore quarto alla copertura mediante concorso pubblico per titoli ed esami teorico-pratici.

Gli ulteriori posti che si rendono vacanti nella qualifica di consigliere di Stato sono conferiti, in ragione della metà, ai consiglieri di tribunale amministrativo regionale con almeno quattro anni di effettivo servizio nella qualifica.

I magistrati dichiarati idonei assumono la qualifica di consigliere di Stato, conservando, unicamente agli effetti del quarto comma dell'articolo 21 (quindi, ai fini della nomina a presidente di *Tar)*, l'intera anzianità'maturata nella qualifica di consigliere di tribunale amministrativo regionale.

In base all'art 21 della legge 1034 i consiglieri, sia dei Tribunali chedel Consiglio di Stato, conseguono la nomina alle qualifiche direttive, al compimento di otto anni nella qualifica, essendo precisato che la anzianità maturata dai suddetti Consiglieri presso i Tribunali viene valutata, come detto, nella sua interezza unicamente ai fini dell'accesso alla Presidenza dei Tribunali amministrativi regionali, ma non per la nomina a Presidente di Sezione del Consiglio di Stato.

Si è introdotta, pertanto, una divaricazione di carriera che considera la anzianità maturata presso i Tar come parametro differenziale, a seconda che si debbano coprire posti direttivi presso i Tar ovvero presso il Consiglio di Stato e che, pur essendo comunque considerati equivalenti, attraverso il richiamo all'art 14 n. 2 della medesima legge n. 186 (che appunto stabilisce che " sono magistrati con funzioni direttive " sia i Presidenti di sezione presso il Consiglio di Stato, sia i Presidenti di Tar") configurano un regime di accesso che penalizza gli uni nel trasferimento alle qualifiche direttive presso il Consiglio di Stato e gli altri nella assunzione delle presidenze presso i Tar.

È evidente che tale singolare struttura delle carriere, attualmente in atto, comporta conseguenze non solo nel momento della assunzione di incarichi direttivi, ma è causa, a monte, di squilibri nelle inferiori qualifiche che, quindi, si riverberano, in prosieguo di carriera, e proprio nella prospettiva del passaggio alle funzioni direttive, ovunque esercitate.

Ed è in questo senso che l'art. 23, per cui è causa, determina una evidente disparità di trattamento al momento dell'accesso al Consiglio di Stato tra quanti si sono avvalsi del beneficio recato dalla norma e quanti altri non possono avvalersene per mero fattore temporale derivante dal momento dell'accesso al Consiglio di Stato. Si sono, infatti, determinate varie incongruenze che configurano, nell'intero corso delle carriere, fattori di evidente irrazionalità, e che si ripete comportano, senza alcuna giustificazione, un regime favorevole per alcune categorie di magistrati, con correlativo pregiudizio per altri, in relazione ad elementi del tutto casuali.

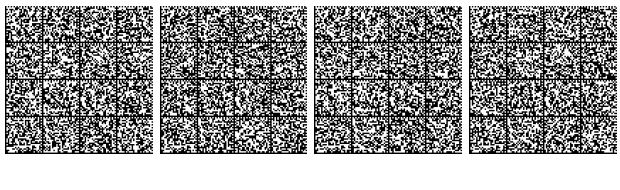
Ed invero, le carriere dei magistrati amministrativi sono disciplinate, nell'intero corso successivo alla legge n. 1034 del 1971, secondo un intricato sistema di retrodatazioni fittizie e sovrapposizioni di posizioni di ruolo, prive di alcun riscontro in alcuna sostanziale ed obiettiva esigenza a loro sostegno.

L'art. 17 della Legge N. 1034 aveva salvaguardato il riconoscimento di tutta l'anzianità maturata nella qualifica di consigliere di Tar al momento del passaggio ai Consiglio di Stato.

L'art. 23 comma 4 della legge n. 186 del 1982 ha conservato tale previsione solo per i "consiglieri in servizio" alla data di entrata in vigore della legge n. 186; ciò ha determinato un sistema regolatore di carriera, non in via organica, ma con carattere meramente episodico, che è rimasto limitato, senza alcuna plausibile ragione, ad alcune categorie di magistrati dei Tribunali amministrativi (quelli aventi, appunto, alla data di entrata in vigore della legge n. 186, la qualifica di consigliere) e negato per altri.

L' introduzione di una nuova disciplina avrebbe dovuto, di contro, rispondere a criteri regolatori di carattere logico ed obiettivo; pertanto, non si comprende perché dopo aver riconosciuto l'integrale computo di anzianità nelle qualifiche di consigliere Tar all'atto del trasferimento al Consiglio di Stato, per taluni (consiglieri in servizio) ciò non potesse o dovesse costituire il regime generale applicato anche per il futuro.

Ne consegue che il sistema di carriera dei magistrati amministrativi si delinea, oggi, come risultante di una continua fase transitoria che ha determinato un assetto dei ruoli che, invece di ricevere un canone unitario e definitivo, presenta un andamento saltuario e irrazionale. Di questo sistema si è anche occupata la giurisprudenza costituzionale, affermando che la legge n. 186 del 1982 aveva completamente innovato la materia (Corte costituzionale, 7 febbraio 1984, n. 14, restituendo ai giudici "*a quibus*", gli atti relativi alla questione di legittimità costituzionale di una serie di norme della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, relative alla composizione del consiglio di presidenza e alle nomine dei presidenti di *Tar)*.



Anche gli organi amministrativi hanno interpretato la disposizione dell'art 17 come superata dalla disposizione della legge del 1982, ovvero riferita solo ai magistrati dei Tribunali amministrativi regionali, che alla data di entrata in vigore della legge n. 186 del 1982, avessero già conseguito la qualifica di consigliere di Tribunale amministrativo regionale, come previsto dal comma 4 dell'art, 23 della legge n. 186 del 1982.

Venuta quindi a cessare, per più di una ragione, l'operatività dell'art. 17 della legge n. 1034 cit., il quadro si configura oggi nei seguenti termini:

1) progresso riconoscimento in base ai commi 4 e 5 dell'art. 23, di tutta l'anzianità maturata nella qualifica di consigliere di Tribunale per coloro che si erano potuti avvalere, in via quindi transitoria, dell'art 17 della legge n. 1034 del 1971, istitutiva dei Tribunali amministrativi;

2) riconoscimento di una anzianità " fittizia" di cinque anni almomento del passaggio al Consiglio di Stato per coloro che alla data di entrata in vigore della legge del 1982 fossero primi referendari e referendari in servizio presso i Tribunali amministrativi;

3) nessun riconoscimento dell'anzianità maturata nei Tribunaliamministrativi regionali per i consiglieri di TAR transitati e transitandi al Consiglio di Stato, che non fossero in servizio alla datadi entrata in vigore della legge n. 186.

Ed è quest'ultimo il caso degli odierni controinteressati.

L'applicazione della norma dell'art. 23 comma 5 della legge 186 del 1982, nei termini strettamente letterali e senza riguardo alla ripercussione sugli assetti di carriera ed ai seri dubbi di congruenza complessiva del sistema, non potrebbe che comportare - come già detto *in limine* l'accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento della delibera qui impugnata, ma con il consolidamento di posizioni di status che non rispondono a criteri di eguaglianza tra soggetti aventi situazioni del tutto identiche.

Il Collegio, pertanto, ritiene che il quadro normativo delineato dall'art. 23 della legge 186 del 1982 sia costituzionalmente illegittimo per la violazione dell'art. 3 cost. sotto molteplici profili ed in particolare per la assoluta irragionevolezza e disparità di trattamento tra posizioni di carriera sostanzialmente e formalmente indifferenziate.

L'art. 23 introduce, infatti, un regime transitorio per il riconoscimento della anzianità, che non può essere considerato ragionevole se circoscritto ad un "*favor*" riguardante unicamente una categoria di personale individuato in base ad un fattore temporale di attività di servizio in una determinata qualifica e non anche caratterizzato da alcun fattore strutturale rispondente a peculiari e plausibili elementi differenziali.

Questo giudice non ignora che la Corte costituzionale ha più volte affermato che l'introduzione di un regime transitorio o di un determinato trattamento per alcune categorie sia rimessa alla discrezionalità del legislatore.

La Corte stessa ha, tuttavia, affermato che, nell'esercizio dei poteri più ampi di discrezionalità, sussiste il limite della palese irragionevolezza nella fissazione delle norme, specialmente di carattere transitorio, che introducono benefici temporanei non rispondenti a peculiari situazioni di fatto e diritto, meritevoli di un apprezzamento particolare di carattere sostanziale. Ciò tanto più ove si tratti di disciplina di carattere derogatorio rispetto al canone generale, determinativo di scelte connesse all'individuazione di alcune categorie cui spetti un beneficio che non debba o non possa essere esteso a posizioni giuridiche equivalenti per intrinseche ragioni di base dei beneficiari (Corte costituzionale, 20 novembre 2008, n. 376, si era in tema di prestazioni previdenziali, ma il principio assumeva valenza di canone generale).

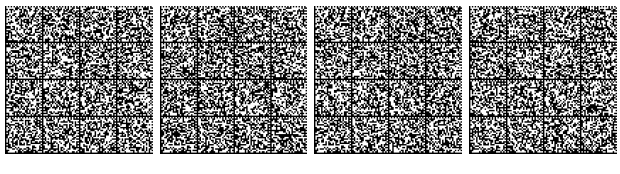
Sembra perciò evidente che, nel caso di specie, il regime introdottocon l'art. 23 cit., nella parte venuta in esame, sia viziato da irrazionalità e violi il principio di uguaglianza.

Si tratta, infatti, del riconoscimento, non di un determinato trattamento economico più o meno favorevole o di determinati scatti di anzianità o di modalità di carriera più o meno rapida, ma della totale mancata considerazione di una anzianità maturata, con pregiudizio a carico di un servizio effettuato nello svolgimento delle medesime funzioni giurisdizionali, rispetto a quelle svolte dai beneficiari del comma 5 dell'art. 23, da personale, quindi, riconosciuto omogeneo, non solo per l'identità dei profili processuali delle funzioni assolte quali giudici di primo e secondo grado, ma, altresì, espressamente equiparato anche dal dato testuale degli artt. 13 e 28 della legge n. 1034 del 1971 (quest'ultima norma abrogata solo con la entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2-7-2010).

Appare, dunque, irragionevole una disciplina legislativa, per essa intesa la L. 186, che, come si legge nei lavori preparatori, era nata per dare maggiore uniformità ai ruoli dei magistrati amministrativi e avvicinarla alla magistratura ordinaria, ed ha introdotto, invece, un regime fortemente differenziato e penalizzante per alcune categorie di magistrati.

Tale regime, infatti, non risulta giustificato in relazione ad alcuna corrispondente peculiarità dei referendari e primi referendari in servizio alla data di entrata in vigore della legge, rispetto a quelli entrati successivamente.

Questi, infatti, sono entrati nei ruoli della magistratura amministrativa con il medesimo tipo di accesso (concorso per titoli ed esami), con le stesse prove concorsuali dei colleghi entrati successivamente (tra cui quelli, interessati dalla



delibera impugnata). Si è, dunque, determinata l'introduzione di un regime transitorio doppiamente peggiorativo, rispetto a quello precedente, che aveva concesso prima il riconoscimento della piena anzianità (art. 17 della legge n. 1034 del 1971e 23 comma 4), successivamente il beneficio di soli cinque anni per taluni, ma con ulteriore opposta previsione "a regime" del mancato riconoscimento della totale anzianità cd. anzianità zero) per altri.

Ed in questo quadro appare evidente la irragionevolezza specifica dell'art 23 a causa della istituzione di un beneficio ad esclusivo regime transitorio, non essendovi alcun elemento per ritenere che i magistrati amministrativi allora in servizio fossero o siano oggi, diversi per titoli e funzioni, rispetto a quelli che dal 1982 in poi sono stati nominati a seguito delle medesime procedure concorsuali e con gli stessi titoli di servizio e di anzianità richiesti per parteciparvi.

La irragionevolezza e la violazione del principio di uguaglianza sono palesi anche rispetto all'inserimento nei ruoli del Consiglio di Stato di magistrati di nomina governativa, con anzianità nella qualifica (di Consigliere di Stato) riferita al tempo della nomina stessa, quindi al pari dei magistrati provenienti dai Tribunali, pur in mancanza di pregressa esperienza giurisdizionale; i consiglieri di Stato nominati dal governo, infatti, provengono da carriere altamente qualificate e di particolare prestigio, ma comunque estranee a quelle funzioni giurisdizionali, che sono prioritarie nelle competenze dell'Istituto.

Ne deriva la evidente violazione del principio di uguaglianza essendo trattate allo stesso modo situazioni profondamente differenti, quali l'esercizio di funzioni giurisdizionali e attività non ad esse omogenee per natura e funzione.

La irragionevolezza risulta anche evidente in relazione agli altri principi generali che governano sia la disciplina del pubblico impiego sia quella più specifica della magistratura ordinaria.

L'art. 200 comma 3 del T.U. n. 3 del 1957, ancora applicabile alla categorie del pubblico impiego non privatizzato, indica infatti un principio generale di garanzia della conservazione della anzianità. Inoltre, il mancato riconoscimento della anzianità ai consiglieri di Tribunale amministrativo entrati in servizio successivamente al 1982, quali quelli oggetto della delibera impugnata, risulta chiaramente in contrasto con la previsione dell'art 107 della Costituzione.

Tale norma, come è noto, afferma che i magistrati si distinguono solo per diversità di funzioni; funzioni che sono del tutto indifferenziate presso la magistratura amministrativa, dove non si registrano posizioni di carriera distinte, ad esempio, fra pubblici ministeri, magistrati giudicanti, collegi, giudici di indagine preliminare, giudici di legittimità .

Il Collegio è a conoscenza che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha affermato che non tutte le norme costituzionali dettate per la magistratura ordinaria si estendono alle altre magistrature e che per le magistrature speciali molte garanzie sono rimesse al legislatore ordinario, che può dare attuazione ad alcuni principi generali con modalità diverse.

Tuttavia, tali modalità non possono arrivare a costituire un regime assolutamente irragionevole, che comporta la totale pretermissione delle funzioni giurisdizionali svolte in primo grado presso la magistratura amministrativa; ciò che, sia per il presente, come già nel passato, ha costantemente distorto la strutturazione dei ruoli in tutta la storia della magistratura amministrativa, dopo l'istituzione dei Tribunali di primo grado.

Dall'art 107 emerge, infatti, un principio generale per cui le funzioni giurisdizionali sono omogenee in qualunque grado siano esercitate; il che presso la magistratura ordinaria vale, senza distinzione, tra le funzioni di merito e di legittimità.

Ne deriva che le funzioni giurisdizionali svolte in primo grado non possono non essere considerate, al momento del passaggio alla magistratura di appello, stante l'identità delle funzioni stesse e del "*genus*" processuale.

Ancora più irragionevole tale regime risulta, poi, in presenza della retrodatazione della nomina dei consiglieri di Stato a seguito di concorso, ai sensi del n. 3 dell'art. 19 della legge n. 186 del 1982; norma questa che considera come svolte, funzioni giurisdizionali non effettivamente esercitate; il che ha ulteriormente inciso nell'intera configurazione della carriere, con pari irragionevolezza.

L'assoluta estemporaneità dell'art. 23 comma 5 emerge, altresì, rispetto alle altre disposizioni della medesima legge n. 186 del 1982, nonché rispetto alla volontà del legislatore della riforma del 1982, in base ai lavori preparatori.

L'art. 21 della legge n. 186 del 1982 al comma 1 prevedendo, come già illustrato, che i consiglieri di Stato e i consiglieri di Tribunale amministrativo regionale al compimento di otto anni di anzianità nelle rispettive qualifiche possono conseguire la nomina alle qualifiche di presidente di sezione del Consiglio di Stato e presidente di Tribunale amministrativo regionale, evidentemente presuppone e ribadisce la uniformità delle funzioni giurisdizionali svolte in primo grado e in appello, nella qualifica di consigliere, come altresì, stabilito dall'art 14 della legge n. 186 del 1982, che al punto 2 prevede le qualifiche di Presidente di sezione del Consiglio di Stato e di Presidente di Tribunale amministrativo regionale come assolutamente equiparate e differenziate unicamente in base all'ufficio giudiziario presso il quale tali funzioni direttive sono esercitate .

Si deve tenere conto, altresì, che Part 28 della legge n. 1034 del 1971, abrogato solo dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2010, prevedeva che il Consiglio di Stato come già cennato, in sede di appello, esercita gli stessi poteri giurisdizionali di cognizione e di decisione del giudice di primo grado.

A conferma ulteriore di tale equiparazione funzionale, la medesima norma dell'art. 21 ai commi 3 e 4 prevede che, limitatamente ai posti di presidente di sezione del Consiglio di Stato, la nomina sia riservata a coloro che abbiano prestato servizio per almeno due anni presso il Consiglio di Stato (unico requisito specifico, quindi, per il Conferimento dellle funzioni di Presidente di sezione del Consiglio di Stato).

In particolare, ai sensi del comma 4, e limitatamente al conferimento della qualifica di Presidente di Tribunale amministrativo regionale, viene computata l'intera anzianità maturata nella qualifica di Consigliere presso il Tribunale amministrativo regionale. Ciò contrasta, invece, con il mancato riconoscimento dell'anzianità di consigliere di Tar ai fini della nomina a consigliere di Stato.

La equiparazione tra consiglieri di Stato e consiglieri di Tribunale amministrativo è poi piena sotto il profilo economico. Ai sensi del comma 6 del medesimo art 21 della legge n. 186 del 1982, i consiglieri di Stato e i consiglieri di Tribunale amministrativo regionale, al compimento della anzianità di otto anni nella qualifica, conseguono il trattamento economico inerente alla qualifica di magistrato di cassazione con funzioni direttive superiori.

Da tale quadro normativo emerge, già solo all'interno dello stesso art. 21 della legge n. 186 del 1982, la normale equiparazione delle funzioni svolte dai giudici amministrativi in primo grado e in appello, equiparazione rispetto alla quale risulta, invece, assolutamente irragionevole il mancato riconoscimento dell'esperienza maturata presso i Tribunali amministrativi al momento del passaggio al Consiglio di Stato, per la cui giustificazione occorrerebbe la sussistenza di situazioni differenziali, che si sono viste del tutto insussistenti.

Inoltre, l'art. 13, della legge n. 1034 del 1971: la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, distinguendo tra le qualifiche di consigliere, referendario e primo referendario di Tribunale amministrativo regionale, già aveva esteso espressamente le norme sullo stato giuridico e sul trattamento economico del personale di corrispondente qualifica della magistratura del Consiglio di Stato.

Per quanto le modifiche ordinamentali introdotte con la legge n. 186 del 1982 possano rientrare nell'esercizio della discrezionalità del legislatore, tale discrezionalità, nel caso di specie, appare, con assoluta evidenza, esercitata in modo illogico.

Il legislatore, infatti, ha inciso in senso peggiorativo su una previsione già in vigore (riconoscimento della anzianità maturata nella qualifica di consigliere di Tribunale amministrativo) conforme al sistema normativo sia della legge n. 1034 del 1971(arTt. 13 e 17), sia della stessa legge n. 186 del 1982 (art. 21) e al naturale assetto dei rapporti tra giudici di primo grado e di appello.

La disciplina dell'art. 23 non appare peraltro giustificata, come già esposto, da alcun diverso regime di accesso tra coloro che erano in servizio nel 1982 e quelli entrati successivamente, in quanto tutti sono stati sottoposti all'identico concorso di cui all'articolo 14 della legge n. 1034 del 1971 e all'art 19 del d.P.R. n. 214 del 21-4-1973, norme alle quali espressamente rimanda l'art 16 della legge n. 186 del 1982.

Il pregiudizio sussistente a carico dei consiglieri TAR è ulteriormente confermato dalla abolizione, da parte della legge n°186, delle qualifiche dei referendari e primi referendari del Consiglio di Stato, ciò che ha configurato l'accesso diretto alla qualifica di consigliere di Stato a seguito di concorso e non più a quella di referendario del Consiglio di Stato.

In tale modo, la nomina diretta per concorso al Consiglio di Stato, avuto riguardo ai principi dell'art 97 e 98 della Costituzione, comporta un evidente potenziamento di carriera, eliminando l'intero periodo quadriennale di referendariato prima esistente e che, invece, permane presso i Tribunali amministrativi, ove i magistrati acquisiscono la qualifica di consigliere dopo otto anni di concreto esercizio di funzioni giurisdizionali; ciò che conferma la segnalata irragionevolezza, in quanto i magistrati che accedono al Consiglio di Stato nella qualifica diretta di Consigliere possono non avere mai esercitato funzioni giurisdizionali amministrative.

Tale stato di cose è palesemente arbitrario ed irragionevole in quanto determina, in atto, il superamento anche di personale che può vantare una anzianità di venti o venticinque anni nelle funzioni di magistratura.

E vieppiù irragionevole risulta, in quanto tale anzianità è stata computata, pur solo in parte, per taluni magistrati Tar e negata per altri.

L'art. 23 comma 5 appare, altresì, illogico in relazione alla volontà del legislatore del 1982, in base ai lavori preparatori.

Va, infatti, considerato che, nei lavori preparatori della legge n. 186, si afferma che il principio ispiratore della riforma della legge n. 1034 del 1971 operata nel 1982 era rappresentato dalla " necessità di unificare i ruoli dei magi-

strati amministrativi, analogamente a quanto si fece nell'immediato dopoguerra per quelli ordinari", come risulta dalla relazione di accompagnamento al disegno di legge.

Si legge nella medesima relazione che l'unificazione dei ruoli èurgente al fine di uniformare ai principi costituzionali l'assettoorganizzativo e lo *status* giuridico... "alla luce di tali principi non può non essere eliminata al più presto ogni forma di discriminazione, dipendente dall'attuale sistema, articolato in ruoli separati"... ciò " da un lato non risponde ad alcuna esigenza di funzionalità e dall'altro contrasta con l'obiettiva identità e dignità delle funzioni esercitate, risolvendosi anzi in una forma anomala di subordinazione gerarchica dei Tribunali amministrativi regionali al Consiglio di Stato e, quindi, in un chiaro attentato all'autonomia e alla indipendenza".

Tali affermazioni sono evidentemente in contrasto con il sistema realizzato dall'art 23 comma 5 della legge n. 186 del 1982, che ha introdotto modifiche peggiorative del regime dei magistrati dei Tribunali amministrativi, in una disciplina che avrebbe dovuto essere più favorevole e realizzativa della equiparazione funzionale voluta dalla legge.

È bensì vero che la novità introdotta dalla legge n. 186 è stata anche rappresentata dall'incremento della aliquota di posti spettanti ai magistrati provenienti dai Tribunali nel ruolo &-Consigliere di Stato. L'aumento della aliquota di provenienza dai Tribunali amministrativi, diversamente dalla denunciata previsione dell'art 23, è invero conforme a quanto risulta nei lavori preparatori, circa la volontà del legislatore di procedere alla unificazione dei ruoli, secondo la quale " costituisce il logico necessario presupposto per l'attribuzione a tutti gli appartenenti alla magistratura amministrativa di un unico *status* e di identiche garanzie di indipendenza", potenziando appunto l'accesso alle funzioni di appello per un maggior numero di magistrati di Tar.

Ciò che è corroborato dal riferimento all'art. 107 della Costituzione, secondo il quale i magistrati si distinguono solo per funzioni, così ribadendo il principio che il disegno di legge si ispira, per quanto possibile, all'ordinamento dei magistrati ordinari.

E poiché, come già puntualizzato, il giudizio amministrativo sia in primo che in secondo grado, è sempre esclusivamente giudizio di legittimità, con omogeneità di qualificazione professionale fra il giudice di primo e secondo grado, manca ragione alcuna per giustificare diverse posizioni di carriera.

La vera novità costituita dalla legge n. 186 del 1982 è, quindi, caratterizzata dalla soppressione delle qualifiche di referendario e primo referendario del Consiglio di Stato, al fine di bilanciare l'aumento delle aliquote per i passaggi dai Tribunali amministrativi e garantire, quindi, ai vincitori di concorso una più rapida progressione in carriera rispetto ai colleghi provenienti dai Tribunali.

Sembra, pertanto, che in attuazione di appropriati criteri di ragionevolezza, applicati alla strutturazione della carriera della magistratura amministrativa, non possa sussistere una modalità di progressione talmente distorsiva, da tralasciare ogni valutazione dell'esercizio di funzioni giurisdizionali, pur esercitate per un numero considerevole di anni, ai fini della progressione dei magistrati di provenienza TAR nelle funzioni di appello, considerata 1'espressa affermazione della omogeneità delle funzioni svolte in primo grado e in appello, da parte dell'art. 28 della legge n. 1034 del 1971.

La sentenza della Corte cost. n. 272 del 2008, che ha dichiarato inammissibile una questione proposta dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio riguardo alle aliquote di composizione del Consiglio di Stato, rispetto alla riforma del 1982, ha fatto riferimento proprio alla scelta operata dal legislatore del 1982 di ampliare per il futuro le possibilità dei consiglieri Tar di accedere alla qualifica di consigliere di Stato rispetto alla normativa precedente "al fine di valorizzare l'esperienza professionale dei più maturi consiglieri degli organi decentrati di giustizia amministrativa".

Ulteriore censura attiene al profilo della uguaglianza.

La giurisprudenza della Corte ha affermato che il principio di :uguaglianza riguarda il trattamento uguale di situazioni uguali ed il trattamento diverso di situazioni differenti. L'applicazione delle norme censurate comporta una grave lesione del principio di uguaglianza in quanto sono trattate in maniera diversa situazioni sostanzialmente e formalmente uguali.

Altri profili di irragionevolezza si traggono dal confronto con la magistratura ordinaria.

La Corte Costituzionale, infatti, dopo aver affermato, come detto, che le magistrature speciali non sono integralmente disciplinate dalle norme costituzionali che riguardano la magistratura ordinaria e che la relativa disciplina è rimessa al legislatore ordinario, ha ribadito, con la sentenza n. 434 del 21 dicembre 2001 che, l'art 107 comma 3 della Costituzione riguarda esclusivamente la magistratura ordinaria, poiché le garanzie di indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali sono stabilite dalla legge ordinaria ex art. 108, secondo comma, della Costituzione.

Peraltro, nella medesima sentenza, la Corte ha affermato che al legislatore ordinario spetta, nella materia dell'organizzazione dei pubblici uffici e dell'articolazione delle carriere, una discrezionalità che, per quanto ampia, non può sfuggire al sindacato di costituzionalità, allorquando si dimostri la palese arbitrarietà o la manifesta irragionevolezza della scelta adottata.

Anche il Consiglio di Stato, esaminando la questione di legittimità costituzionale del Tribunale di Giustizia amministrativa di Trento (ritenendola manifestamente infondata), ha affermato, sia con la decisione della IV sezione n. 393 del 4 febbraio 2004, sia con sentenza della VI sezione n. 1049 del 23 febbraio 2009, che: "i principi dell'imparzialità e della terzietà dei magistrati, espressamente enunciati per la prima volta nella nuova formulazione del comma 2 dell'art. 111 cost., sono sempre stati comunque sottesi alla disciplina dell'ordinamento giudiziario, rappresentando un insopprimibile presupposto, ancorché implicito, degli stessi principi di autonomia ed indipendenza dei magistrati (art. 104 Cost.) e della loro esclusiva soggezione alla legge (art. 101 Cost.), secondo le fondamentali garanzie del diritto di azione e di difesa (art. 24 e 113 Cost.)". Trasferendo le sopra esposte considerazioni agli organi di giustizia amministrativa, sono state considerate applicabili le norme degli articoli 101, 104, 111 della Costituzione, nonché la generale guarentigia di cui all'art. 102e 101, consistente nel principio di indipendenza e di soggezione unicamente alla legge, quale denominatore unico comune di tutti i giudici.

In particolare, neppure è in dubbio, nella giurisprudenza amministrativa, la inamovibilità dei magistrati di qualsiasi ordine e grado (C.d.S sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4835 riguardo alla Corte dei Conti).

Sarebbe perciò assolutamente irragionevole quell'ordinamento che introducesse una disciplina radicalmente diversa tra le due magistrature, sia in relazione alla uniformità delle progressioni in carriera (Tabella allegata alla legge n. 27 del 1981, confermata dal richiamato art 21 comma 6 della legge n. 186 del 1982); sia alla estensione delle analoghe garanzie sopra evidenziate.

È inoltre fortemente sintomatico il rilievo della istituzione, con l'art. 7 della legge 186, di un comune organo di autogoverno per la magistratura amministrativa; norma sulla quale è, altresì, intervenuta la successiva legge n. 205 del 21 luglio 2000, che ha introdotto nel consiglio di presidenza della giustizia amministrativa i membri eletti dal Parlamento, rendendolo analogo al Consiglio Superiore della Magistratura.

La medesima norma della legge n. 205 ha fatto espresso esignificativo riferimento ad un " generale riordino della giustizia amministrativa sulla base della unicità di accesso e di carriera", riordino non ancora venuto a realizzazione.

Peraltro, l'attuale codice del processo amministrativo, configurando una più accentuata assimilazione della magistratura amministrativa sotto il profilo processuale a quella della giustizia ordinaria, non può non comportare un evidente avvicinamento della struttura complessiva della giustizia amministrativa a quella ordinaria, determinando un deciso superamento di quei profili peculiari di questa, che avevano giustificato, in passato, i fattori differenziali tra i due apparati di giustizia e le relative posizioni di carriera, secondo il giudizio della Corte Costituzionale.

Il confronto con la magistratura ordinaria e le sue ricadute in termini di irrazionalità con il sistema di carriera vigente nella magistratura amministrativa si pone oggi rafforzato con il d.lgs. n. 160 del 5 aprile 2006, che determina la nuova disciplina, nonché progressione economica e di funzioni dei magistrati ordinari.

L'art 12 comma 14, prevede, infatti, per il conferimento delle funzioni di legittimità presso la Suprema Corte di Cassazione, la quinta valutazione di professionalità.

Prevede, altresì, per il conferimento di tali funzioni, limitatamente al lo per cento dei posti vacanti, una procedura valutativa riservata ai magistrati che abbiano conseguito la seconda o la terza valutazione di professionalità e che siano in possesso di titoli professionali e scientifici adeguati. Peraltro, a seguito del superamento di tale procedura valutativa, "il conferimento delle funzioni di legittimità per effetto del presente comma non produce alcun effetto sul trattamento giuridico ed economico spettante al magistrato, né sulla collocazione nel ruolo di anzianità o ai fini del conferimento di funzioni di merito".

Anche sotto altri profili, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha poi avvicinato sempre più la giurisdizione amministrativa a quella ordinaria. Nella sentenza n. 204 del 2004 ha affermato che il Costituente ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione delle situazioni soggettive non contemplate dall'art 2 della legge del 1865: "l'art. 24 cost. assicura agli interessi legittimi -la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo - le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare":

Più di recente nella sentenza n. 77 del 2007 la Corte ha affermato, altresì, che "il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi è certamente incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali. Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi".

L'effettività della tutela nei due ordini di giurisdizione non può essere assicurata se non vi sono analoghe garanzie dei magistrati ed analogo rispetto dei principi fondamentali che governano la giurisdizione, tra cui quello dell'art 107

comma 3, considerato il processo evolutivo in corso e che ha visto estesi alla magistratura amministrativa ampi settori di competenze del tutto impensabili nel passato, quali il risarcimento del danno, l'ampliamento della giurisdizione esclusiva e di merito, i provvedimenti *ante causam*, la decretazione ingiuntiva, i mezzi istruttori (consulenza tecnica, testimonianza).

È quindi evidente che il complessivo portato innovativo dellafunzione non possa essere ristretto negli schemi organizzativiprecedenti, che appaiono del tutto anacronistici e della cui irragionevolezza è chiaro sintomo, fra gli altri, la penalizzazione di carriera di cui qui si è detto.

Vi è poi da richiamare un raffronto con il regime della magistratura contabile.

Come è noto, a seguito della riforma operata con la legge n. 19 del 14 gennaio 1994, sono state istituite le sezioni regionali della Corte dei Conti come organi giurisdizionali di primo grado, avverso le decisioni dei quali viene proposto appello alla sezioni centrali. Nei rapporti tra organi di primo grado e di appello i magistrati hanno assoluta uniformità di qualifiche e funzioni.

Se anche rispetto alla Corte dei Conti non si può ritenere assoluta l'adozione di un analogo regime, in quanto le modalità di funzionamento e di organizzazione della magistratura amministrativa e contabile sono riservate al legislatore ordinario, non si può non considerare assolutamente irragionevole un assetto organizzativo del tutto differente rispetto sia alla giurisdizione ordinaria che a quella contabile, specificatamente, per quanto concerne l'anzianità di quanti passano ad esercitare funzioni d'appello.

Né può valere a superare la assoluta irragionevolezza e disparità di trattamento, la considerazione delle diverse funzioni del Consiglio di Stato rispetto ai Tribunali amministrativi regionali, in relazione alle competenze anche consultive del Consiglio di Stato.

I magistrati provenienti dai Tribunali, infatti, sono in gran parte assegnati a sezioni giurisdizionali, che svolgono funzioni d'appello rispetto alle decisioni dei Tribunali amministrativi, né lo svolgimento di funzioni consultive del Consiglio di Stato può ritenersi imprescindibile, in quanto molti magistrati del Consiglio di Stato non hanno mai svolto tali funzioni, peraltro, oggi ridimensionate rispetto al passato, per effetto di eliminazioni di competenze che hanno comportato una compressione dell'area di esercizio della funzione consultiva e della sua rilevanza.

Di fronte a tale complesso quadro normativo, sia nell'ambito dellamagistratura amministrativa, che con riguardo all'intero ordinamento della giustizia, il Collegio ritiene che il mancato riconoscimento dell'anzianità di giudice di primo grado, al momento del passaggio al Consiglio di Stato, costituisca una palese e irragionevole disparità di trattamento sia all'interno della magistratura amministrativa (tra chi è entrato ad una certa data e chi successivamente), sia rispetto ai principi generali che governano la magistratura ordinaria e contabile e che comporta, nel complesso, un irrazionale assetto di carriera non coerente con il corretto esercizio della funzione giurisdizionale presso la magistratura amministrativa.

In conclusione, il Collegio ritiene che il giudizio debba essere sospeso e che gli atti vadano trasmessi alla Corte costituzionale, attesa la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 23 comma 5 della legge n. 186 del 1982, per la violazione dell'art 3 della Costituzione, nella parte in cui si riferisce esclusivamente "ai referendari o ai primi referendari in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge; concedendo ad essi i benefici di carriera negati a soggetti aventi identica posizione qualificativa sostanziale.

L' intervento additivo richiesto da questo giudice, costituisce, soluzione costituzionalmente obbligata, in quanto proprio la norma dell'art. 23 comma 5 della legge n 186 del 1982, posta a base del provvedimento impugnato, ha indicato in cinque anni il periodo di anzianità che deve essere riconosciuto al momento del passaggio alle funzioni di appello, quale spettanza riservata ai magistrati in servizio ai tempi dell'entrata in vigore della norma.

Sembra, infatti, per quanto esposto, pienamente prospettabile la pronunzia di incostituzionalità dell'art. 23 in oggetto, per tutti i profili fin qui delineati, al fine di promuovere l'estensione del regime, che il legislatore ha previsto solo per i referendari e primi referendari in servizio alla data di entrata in vigore della legge del 1982 e che penalizza irragionevolmente ed ingiustamente una intera categoria di personale di magistratura.

La rimessione degli atti alla Corte costituzionale lascia riservata ogni altra questione in merito ed in rito del presente giudizio, fino all'esito dà sopra indicata questione pregiudiziale.

P.Q.M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 comma 5 della legge n. 186 del 1982, nella parte in cui si riferisce esclusivamente ai "referendari o ai primi referendari in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge" per la violazione dell'art. 3 della Costituzione e dei principi di ragionevolezza e disparità di trattamento.

Dispone, per i motivi sopra indicati, l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 23 legge n. 87 del 1953, e, per l'effetto, sospende il giudizio in corso.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 16 giugno e 3 dicembre 2010.

Il Presidente: AMOROSO

L'estensore: ALTAVISTA

11C0080

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

(GU-2011-GUR-09) Roma, 2011 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. - S.

MODALITÀ PER LA VENDITA

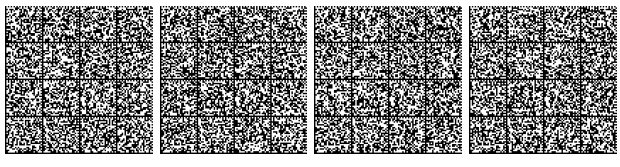
La «Gazzetta Ufficiale» e tutte le altre pubblicazioni dell'Istituto sono in vendita al pubblico:

- **— presso l'Agenzia dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. in ROMA, via Principe Umberto 4, 00185 Roma - ☎ 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:

Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato
Area Marketing e Vendite
Via Salaria, 1027
00138 Roma
fax: 06-8508-3466
e-mail: gestionegu@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 2011 (salvo conguaglio)

GAZZETTA UFFICIALE - PARTE I (legislativa)

			CANONE DI ABBONAMENTO	
Tipo A	Abbonamento ai fascicoli della serie generale, inclusi tutti i supplementi ordinari:			
	*(di cui spese di spedizione € 257,04)**	- annuale	€	**438,00**
	*(di cui spese di spedizione € 128,52)**	- 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)**	- annuale	€	**309,00**
	*(di cui spese di spedizione € 66,28)**	- 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)**	- annuale	€	**68,00**
	*(di cui spese di spedizione € 9,64)**	- semestrale	€	**43,00**
Tipo C	Abbonamento ai fascicoli della serie speciale destinata agli atti della CE:			
	*(di cui spese di spedizione € 41,27)**	- annuale	€	**168,00**
	*(di cui spese di spedizione € 20,63)**	- semestrale	€	**91,00**
Tipo D	Abbonamento ai fascicoli della serie destinata alle leggi e regolamenti regionali:			
	*(di cui spese di spedizione € 15,31)**	- annuale	€	**65,00**
	*(di cui spese di spedizione € 7,65)**	- 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)**	- annuale	€	**167,00**
	(di cui spese di spedizione € 25,01)	- 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)*	- annuale	€	**819,00**
	*(di cui spese di spedizione € 191,46)**	- 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)**	- annuale	€	**682,00**
	*(di cui spese di spedizione € 132,22)**	- 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 2011.**

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, *concorsi*, 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%	€	**190,00**
Volume separato (oltre le spese di spedizione)	€	**180,50**

I.V.A. 4% a carico dell'Editore € 18,00

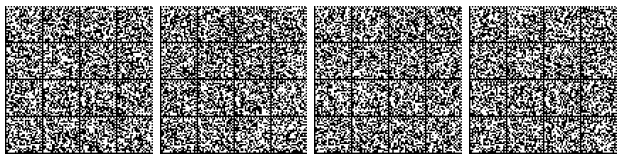
Per l'estero i prezzi di vendita, in abbonamento ed a fascicoli separati, anche per le annate arretrate, compresi i fascicoli dei supplementi ordinari e straordinari, devono intendersi raddoppiati. Per il territorio nazionale i prezzi di vendita dei fascicoli separati, compresi i supplementi ordinari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

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

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

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

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

* 4 5 - 4 1 0 5 0 0 1 1 0 2 2 3 *

€ 5,00